Das bürgerliche Strafverfahren gegen einen Dienstpflichtigen während des Militärdienstes

Art. 222
des Schweiz. Militärstrafgesetzbuches
von 1927

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor Juris, vorgelegt der juristischen Fakultät der Universität Bern

Von Hans-Rudolf Christen, Fürsprecher, von Herzogenbuchsee

1912.

Das bürgerliche Strafverfahren gegen einen Dienstpflichtigen während des Militärdienstes

Art. 222
des Schweiz. Militärstrafgesetzbuches
von 1927

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor Juris, vorgelegt der juristischen Fakultät der Universität Bern

Von Hans-Rudolf Christen, Fürsprecher, von Herzogenbuchsee.

W. & CO. T. XI. 42

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Die juristische Fakultät der Universität Bern hat diese Arbeit am 5. März 1942 auf Antrag von Prof. Thormann, Bern, als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Seite

I. Die Militärstrafgesetzgebung als Sonderrecht. . . . 1

II. Besonderheiten des Militärstrafverfahrens 4

III. Abgrenzungsnormen zwischen bürgerlicher und militärischer Gerichtsbarkeit 6

I. Teil

Die Entstehung des Art. 222 MSTRG. 7

II. Teil

Die Auslegung des Art. 222 MSTRG. 11

I. KAPITEL

Militärdienst und Dienstpflicht 11

A. Der Militärdienst 11

I. Einleitender geschichtlicher Überblick 11

II. Der Militärdienst im besondern 13

1. Allgemeines 13

2. Der Instruktionsdienst 14

3. Der Aktivdienst 15

4. Der Hilfsdienst 18

5. Der Ehrendienst 20

III. Die Dauer des Militärdienstes 21

1. Allgemeines 21

2. Die Stellung des Urlaubers 23

Anhang: Die Stellung des Dispensierten 25

Seite

B. Die Dienstpflicht 26

I. Die Wehrpflicht 26

II. Die Dienstpflicht im besondern 26

Anhang: Abgrenzung der Ausdrücke „Wehrmann" u. „Militärperson" 29

II. KAPITEL

Die Ermächtigung 31

I. Die Ermächtigung im besondern 31

1. Allgemeines 31

2. Die juristische Natur der Ermächtigung 33

3. Die Prüfung der Ermächtigung 36

4. Spezielles über die Ermächtigung 37

5. Die Ermächtigung nach Art. 222 MSTRG 37

II. Die Ermächtigungsbehörden 38

1. Das eidgenössische Militärdepartement 38

2. Der Oberbefehlshaber der Armee 39

III. Rechtsmittel gegen die Verweigerung der Ermächtigung 42

III. KAPITEL

Der Einfluß der Ermächtigung auf das Verfahren . . 43

I. Einleitung und Fortführung des Verfahrens 43

1—6 Das Vorverfahren nach verschiedenen kantonalen Strafprozessen 43-46

II. Das Ruhen des Verfahrens 47

1. Das Ruhen im allgemeinen 47

2. Die Verjährung 49

Schlußbemerkungen 56

QUELLEN:

Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft 1874

Bundesgesetze

Bundesgesetz über die Organisation der Bundesverwaltung, 1914
BG. betr. die Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege, 1928
Militärstrafgesetzbuch, 13. Juni 1927
Militärstrafgerichtsordnung, 28. Juni 1889
Militärorganisation 1907 mit Abänderungen 1938/39
Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 1889
BG. betr. das Zollwesen, 1. Okt. 1925
BG. betr. die Organisation der Gotthardbesatzung, 13. April 1894
BG. über die Militärversicherung, 1901
Garantiegesetz, 1934
Strafgesetzbuch der schweizerischen Eidgenossenschaft, 1942

Kantonale Gesetze

Strafgesetzbuch des Kantons Bern, 1866
Strafverfahren des Kantons Bern, 1928
Strafprozeß des Kantons Zürich, 1919
Strafprozeßordnung des Kantons Basel-Stadt 1932
Strafprozeßordnung des Kantons Schaffhausen, 1909
Gesetz über die bezirksamtl. Voruntersuchung in Strafsachen des Kant. Thurgau 1867
Code de procédure pénale du canton de vaud 1850

Verordnungen, Kreisschreiben, Botschaften, Entwürfe, Protokolle, Urteile

VO. betr. die militärwissenschaftliche Abteilung und die militärischen Fächer an der ETH., 1929
VO. über die Hilfsdienste, 3. April 1939
VO. über die Dispensation bei Kriegsmobilmachung, 2. Dez. 1937
VO. betr. die Aushebung, 9. April 1910
Kreisschreiben des Obergerichtes des Kantons Bern, I. Strafkammer vom 5. Juli 1916

Kreisschreiben des Oberauditors, Trüssel, vom 5. Okt. 1939

BRB. betr. die Unterstellung von Zivilpersonen unter das Militärstrafrecht vom 10. und 12. November 1932

Botschaft des Bundesrates vom 19. Dez. 1938 zum BG. über die Organisation des EMD. und die Armeeleitung

Botschaft des Bundesrates zum Militärstrafgesetz, 26. Nov. 1918

Grundzüge eines Militärstrafgesetzbuches von K. Hilty 1878

Entwurf eines MSTRG. von Gretener, 1886

Entwurf II zum MSTRG., 1881

Entwurf einer Militärorganisation, April 1888

Vorentwurf Hafter zu einem MSTRG. mit Motiven 1918

Protokolle: Verhandlungen eines MSTRG., 1879 (Bundesarchiv)
Verhandlungen des Nat.-Rates betr. Militärgerichtsordnung August 1888
Verhandlungen der Expertenkommission und Kommission des Nationalrates und Ständerates zum Gesetz 1927

Antrag des EMD. zum MSTRG. vom 5. Mai 1884

Befehle der Armee über Urlaub und Dispensation ab 1939

Urteilssammlung des Militärkassationsgerichtes, Bände ab 1915

Urteile in der Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht

Schweiz. Juristenzeitung

LITERATUR

Achermann: Die Stellung des Wehrmannes im bürgerlichen Recht, Säckingen 1921

Allgemeine schweizerische Militärzeitung

Bar von: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band 3, 1909

Baumann Werner: Die Entwicklung der Wehrpflicht in der Schweiz, Diss., Zürich 1932

Behringer Oskar: Ermächtigung und Ermächtigungsdelikte, Diss., Zürich 1933

Beling: Deutsches Reichsprozeßrecht

Bericht des Bundesrates zum Bericht des Generals 1914—18

Bericht Wille/Sprecher zur Grenzbesetzung 1914—18

Bohn Gerhard: Das Strafverfahren des Kantons Schaffhausen, Diss., Zürich 1938

Burckhardt: Kommentar zur BV. 1931

Eisler: Ermächtigungsdelikte nach österreichischem Recht, Juristische Blätter 1888

Eugster Jakob: Die persönliche und sachliche Zuständigkeit der schweizerischen Militärgerichte, Diss., Zürich 1913

Feiss-Isler: Das Wehrwesen in der Schweiz, 4. Auflage, Zürich 1915

Frank: Das deutsche Strafgesetzbuch 1871

Gerber: Die Kriminalverjährung mit besonderer Berücksichtigung des MSTRG. Diss., Zürich 1926

Hafter: Lehrbuch des Strafrechtes, allgemeiner Teil, Berlin 1926

Huber Hans: Die staatsrechtliche Stellung des Generals in der Schweiz, Diss., Bern 1927

Jaeggi Otto: Das Überweisungsverfahren im bernischen Strafprozeß, Diss., Bern 1935

Léderry-Feldmann: Das Schweizer Heer, 1929

Lenzlinger: Schweizerische Militärstrafgerichtsbarkeit 1928

Dr. E. E. Lienhart: Der thurgauische Strafprozeß, Kreuzlingen 1934

Mattli: Die Gründe der Strafaufhebung, Chur 1918

Sauer: Grundlagen des Prozeßrechtes, Stuttgart 1919

Schneider: Die Zuständigkeit der militärischen Gerichte in der Schweiz, Allgemeine Militärzeitung 1901

Schumacher von: Der Geltungsbereich des schweizerischen Militärstrafgesetzes Diss., Freiburg 1936

Schwarz: Die parlamentarische Immunität der Mitglieder der schweizerischen Bundesversammlung, Diss., Zürich 1929

Stooss: Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung 1889, Bern 1915

Waiblinger: Kommentar zum bernischen Strafverfahren 1937

Wille: Skizze einer Wehrverfassung, Bern 1899

Wüst E.: Einige Fragen des schweizerischen Militärstrafrechtes, Vorschläge für eine Revision, ZSTRR, Band 28, S. 66

Zingg: Unterstellung von Zivilpersonen unter Militärstrafrecht, Diss., Bern 1936

ABKÜRZUNGEN

MSTRG.	Militärstrafgesetzbuch
MSTRGO.	Militärstrafgerichtsordnung
MO.	Militärorganisation
EMD.	Eidgenössisches Militärdepartement
VDG.	Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflegegesetz
SCHW. STRG.	Schweizerisches Strafgesetzbuch

Einleitung

I. Die Militärstrafgesetzgebung als Sonderrecht.

Der Militärgerichtsbarkeit wurde und wird vorgeworfen, sie sei eine Ausnahmegerichtsbarkeit und als solche nach der BV. Art. 58 unstatthaft. Die BV. versteht unter Ausnahmegericht Gerichte, die zur Beurteilung eines oder einzelner individuell und nicht generell bestimmter Fälle geschaffen werden[1]). Der Art. 58 BV. garantiert jedermann ein verfassungsmäßig vorgesehenes und für den bestimmten Fall zuständiges Gericht.

Die Militärgerichtsbarkeit ist aber nicht als solche Ausnahmegerichtsbarkeit zu betrachten, sondern als eine Spezialgerichtsbarkeit, deren Aufstellung sich aus objektiven Gründen rechtfertigt. Gemäß einem Bundesgerichtsurteil[2]) muß ein solches Spezialgericht, insbesondere das Militärgericht, durch spezielle Vorschrift vorgesehen sein[3]). Dies ist nun tatsächlich in der Gesetzgebung der Fall.

Wir kennen noch andere solche Spezialgerichte, die nur für eine bestimmte Personenklasse und bestimmte Streitsachen zuständig sind, z. B. die Gewerbegerichte, Handelsgerichte, Jugendgerichte.

Das Vorhandensein eines speziellen Militärstrafrechtes und einer Militärgerichtsorganisation bewirkt, daß bestimmte Fälle den gewöhnlichen Gerichten entzogen und den Militärgerichten als Sondergericht zugewiesen werden, die über die nötigen Spezialkenntnisse verfügen.

Das Militärstrafrecht bedroht bestimmte Handlungen mit Strafe, die ihrem Wesen nach nur von Militärpersonen begangen werden

[1]) Burckhardt: Kommentar zur BV. S. 532
[2]) Burckhardt: Kommentar zur BV. S. 535
[3]) BV. 20 und 64 bis

können, oder aber es stellt höhere Strafandrohungen auf als das bürgerliche Strafrecht. Diese Sonderbehandlung einer bestimmten Personenklasse ist begründet in der militärischen Ordnung. Die bürgerliche Ordnung weicht gänzlich von dem durch straffe Kommandoordnung ausgezeichneten militärischen Leben ab und kann demnach alle Verhältnisse erfassen, die die militärische Ordnung mit sich bringt. Aus diesem Grunde wurde für die militärische Ordnung ein eigenes Standesrecht aufgestellt.

Der Zweck des bürgerlichen Strafrechtes liegt im Schutz des Einzelnen, des Staates, der Gesellschaft; der des Militärstrafrechtes dagegen in der Aufrechterhaltung der Kriegstüchtigkeit der Armee durch Erhaltung der Disziplin. Da eine straffe Disziplin ausschlaggebend ist für den Wert einer Armee, rechtfertigen sich alle Maßnahmen, die diese fördern. Der Gesetzgeber ist gezwungen, die speziellen Verhältnisse durch Aufstellen einer Spezialgesetzgebung zu berücksichtigen.

Wenn wir die Notwendigkeit eines Militärstrafrechtes bejahen, müssen wir dies auch für das formelle militärische Sonderrecht tun. Die Aufgabe des Strafrichters ist vielgestaltig und verlangt Kenntnis der verschiedensten Lebensverhältnisse. Das bürgerliche Strafrecht läßt dem Richter große Freiheit zur individuellen Behandlung des Täters. Diese Freiheit gestattet ihm, je nach seiner Überzeugung zu urteilen. Das Urteil, das er fällt, wird je nach dem Zweck, den er der Strafe beimißt, innerhalb der ihm gesetzten Schranken verschieden ausfallen. Er wird die Strafe nach dem Geist des betreffenden Strafgesetzes und seiner Auffassung bemessen unter Berücksichtigung der Besserungsfähigkeit des Täters, der Sicherung der Gesellschaft, oder aber um den Täter abzuschrecken. Ganz anders hat der militärische Strafrichter vorzugehen. Er hat sich hauptsächlich vom Zweck der Erhaltung der Disziplin leiten zu lassen. In erster Linie ist diesem Zweck zu genügen, während die oben aufgezählten in zweiter Linie zu berücksichtigen sind. — Die gefällten Strafen werden naturgemäß schärfer sein als im bürgerlichen Strafrecht. Kein Mitleid mit einem unglücklichen Täter darf ein Abweichen von diesem Grundsatz bewirken. Oberstes Ziel ist

bei beiden Strafrechten die Erhaltung des Staates. Dem bürgerlichen Richter bleiben aber verschiedene Wege offen, dieser Aufgabe gerecht zu werden, nicht aber dem militärischen. — Die Armee ist vornehmlich ein staatserhaltendes Element und kann ihrer Aufgabe nur gerecht werden, wenn sie gut ausgebildet und straff organisiert ist. Eine strenge Disziplin ist hiezu unbedingt erforderlich. Diese zu erhalten, und damit direkt dem Staate zu dienen, ist Aufgabe des militärischen Richters. — Es sind ferner die bürgerlichen Gerichte nicht immer mit Richtern besetzt, die sich positiv zur Armee einstellen. Die von einem solchen bürgerlichen Gericht gefällten Urteile über militärische Delikte, müßten ganz entgegengesetzt dem militärischen Interesse ausfallen, d. h. wären vielleicht nicht immer geleitet von der Idee, die Disziplin zu erhalten. Wer über militärische Delikte zu urteilen hat, muß sich positiv zur Armee einstellen. Die Auswahl der geeigneten Richter wird deshalb innerhalb der militärischen Organisation selbst getroffen.

Ein weiterer Grund, weshalb eine besondere militärische Gerichtsorganisation notwendig erscheint, sind die speziellen Kenntnisse, die zur Beurteilung militärischer Delikte beim Richter vorausgesetzt werden. Dem bürgerlichen Richter fehlen im allgemeinen diese Kenntnisse der militärischen Verhältnisse, denn er hat ja vielfach nicht selbst im Militärdienste die militärische Ordnung und Disziplin kennengelernt. Er müßte zur Beurteilung militärischer Fragen immer Experten zuziehen, was nicht nur das Verfahren komplizieren, sondern auch uneinheitlich gestalten würde. „Die Armee hat ein Recht, ihre Interessen selbst zu schützen, sie allein kann dies in genügender Weise tun.“ [4])

Dazu sagt E. Wüst[5]): „Es ist schlechthin undenkbar, daß rein militärische Delikte, z. B. Dienstverweigerung, Desertion oder Insubordination von einer Zivilperson beurteilt werden, die vielleicht gar nicht Militärdienst geleistet hat. Eine richtige Beurteilung rein militärischer Delikte setzt unbedingt voraus, daß der Richter selbst Militärperson ist, denn nur dann ist er wirklich in der Lage, die

4) Lenzlinger: Schweiz. Militärstrafgerichtsbarkeit S. 7
5) E. Wüst: Einige Fragen des MSTR Zeitschrift für Strafrecht Bd. 28/66

Tat nach ihrer Schwere abzuschätzen. Nur wer selber militärisches Fühlen hat, kann auch die Tat nach ihrem militärischen Werte beurteilen."

Neben diesen Gründen sei noch erwähnt, daß die Gerichtsorganisation in der Schweiz kantonal geregelt ist. Diese Zersplitterung wäre der Einheit der Armee sicher nicht fördernd, denken wir nur daran, daß die diensttuenden Truppen ständig von einem Kantonsgebiet ins andere wechseln.

Nach diesen allgemeinen Feststellungen kommen wir zum Schluß, daß im Interesse einer schlagkräftigen Armee für deren Angehörige ein Sonderrecht gelten muß.

Es gilt der allgemeine Satz: „Die Truppe führt ihr Strafrecht und ihre Strafgerichtsbarkeit mit sich."

II. Besonderheiten des Militärstrafverfahrens.

Die Gründe, die eine besondere Militärstrafgesetzgebung verlangen, wurden unter I ausgeführt. Hier handelt es sich darum, festzuhalten, wie das militärische Strafverfahren aufgebaut ist und wie weit es vom bürgerlichen abweicht.

Ein militärisches Verfahren muß ein rasches Verfahren sein. Die Strafe soll dem Verbrechen möglichst rasch auf dem Fuße folgen. Jede Verzögerung der Sühne gefährdet die Disziplin und schädigt damit die Armee. So werden in Kriegszeiten oft ganz summarische Verfahren eingeführt.

Die Raschheit des Verfahrens wird dadurch gefördert, daß kurze Fristen bestimmt und ständige Militärgerichte aufgestellt werden; auch werden die Rechtsmittel bis auf ein einziges ordentliches reduziert[6]): die Kassation Art. 187 MSTRGO.

Eine weitere Besonderheit des militärischen Strafverfahrens liegt darin, daß den militärischen Vorgesetzten allein das Recht zusteht, die Voruntersuchung, also die Strafverfolgung eines Verdächtigen, zu verlangen. Der Grund liegt wohl einerseits darin, daß der für die

[6]) Stooss: Kommentar zur Strafgerichtsordnung S. 35 f

Mannszucht seiner Untergebenen Verantwortliche auch bestimmen soll, wann eine gerichtliche Verfolgung nötig erscheint, anderseits aber wird durch diese Ordnung ausgeschlossen, daß ein Heeresangehöriger bei einer außerhalb der Kommandoverhältnisse stehenden Behörde gegen seine Vorgesetzten begründete oder unbegründete Strafanträge stellen kann, was mit der militärischen Disziplin unvereinbar wäre. Der militärische Vorgesetzte wird so zum Staatsanwalt in Bezug auf diese Verfügung[7])[8]). Der Staatsanwalt kann eben in diesem Verfahren keine Anzeigen vom Verletzten oder von Drittspersonen entgegennehmen.[9]) „Dagegen hat der militärische Vorgesetzte weder auf die Voruntersuchung noch auf das weitere Verfahren irgendwelchen Einfluß, und es ist damit die vollkommene Unabhängigkeit der Militärjustiz von der militärischen Gewalt erreicht." [10])

Die Voruntersuchung bezweckt einzig die Feststellung, ob der Beschuldigte dem Militärgericht zu überweisen ist, oder ob er außer Verfolgung gesetzt werden muß. Weitläufige Beweisaufnahmen müssen der Forderung der Raschheit des Verfahrens weichen. Beweise werden nur soweit aufgenommen, als dies zur Vorbereitung der Hauptverhandlung notwendig ist; vgl. MSTRGO. Art. 114.

Die Voruntersuchung selbst ist inquisitorisch, doch werden auch gewisse Parteirechte geschützt, indem sowohl dem Auditor wie dem Verteidiger das Recht zusteht, eine Ergänzung der Untersuchung zu verlangen (MSTRGO. Art. 121.) Nach Schluß der Voruntersuchung ist das Verfahren rein akkusatorisch mit gleichen Rechten der Parteien.

Es gibt deshalb keine Appellation und keine Berufung. Als einziges ordentliches Rechtsmittel genügt die Kassation, um vor Irrtümern Schutz zu bieten (Art. 187 MSTRGO.) Als weitere Besonderheit ist zu erwähnen, daß die Richter Militärpersonen, und die Organe der Militärjustiz sowohl militärisch wie juristisch geschulte Offiziere sind[11]).

[7]) MSTRGO. Art. 110
[8]) Trüssel: Kreisschreiben des Oberauditors vom 5. Oktober 1939
[9]) Gretener: Entwurf eines Militärstrafgesetzbuches S. 93
[10]) Stooss: a. a. O. S. 34
[11]) Vgl. Militärstrafrecht als Sonderrecht I.

III. Abgrenzungsnormen zwischen bürgerlicher und militärischer Gerichtsbarkeit.

Da das Militärstrafrecht und die Militärgerichtsorganisation als Sonderrechte neben dem allgemeinen bürgerlichen Strafrecht bestehen, kann es leicht zu Konflikten kommen.

Welches Recht ist im speziellen Fall anwendbar? — Welches Gericht ist zuständig? — Zur Ausschaltung solcher Konflikte sind Zuständigkeitsnormen maßgebend, wie wir sie im MSTRG. von 1927 in Art. 219–223 finden.

Meist wird der Bundesrat oder das eidgenössische Militärdepartement als entscheidende Behörde genannt.

Eine Vorschrift dieser Art wird in der vorliegenden Arbeit behandelt. Die Frage, ob eine bürgerliche Gerichtsbehörde ein Verfahren gegen einen im Dienst befindlichen Wehrmann einleiten oder fortführen darf, bedurfte einer speziellen Regelung.

Unter dem Marginale: „Bürgerliches Verfahren gegen Dienstpflichtige im Dienst" lautet Art. 222 MSTRG. folgendermaßen: „Während der Dauer des Militärdienstes darf ein bürgerliches Strafverfahren nur mit Ermächtigung des eidgenössischen Militärdepartementes eingeleitet oder fortgeführt werden.

Ist ein Oberbefehlshaber der Armee ernannt worden, so ist die Ermächtigung zur Einleitung oder Fortführung des Verfahrens von diesem zu erteilen, wenn der Täter dem Armeekommando untersteht.

Ist das Strafverfahren schon vor Eintritt in den Dienst angehoben worden, und wird die Ermächtigung zu seiner Fortsetzung während des Dienstes verweigert, so ruht das Verfahren, bis der Angeschuldigte aus dem Dienst entlassen ist."

I. Teil

Die Entstehung des Art. 222 MSTRG.

Den Ursprung zum Art. 222 MSTRG. finden wir im Entwurf von Hilty[1]) vom Jahre 1878. Der Art. 77 dieses Entwurfes lautet: „Gegen im eidgenössischen Dienst befindliche Militärpersonen kann keine Betreibung und kein Rechtsstreit ebensowenig ohne Gestattung des eidgenössischen Militärdepartementes eine bürgerliche Strafuntersuchung oder ein Polizeistrafverfahren angehoben werden."

Zu diesem Artikel wurde während den Beratungen folgende Anmerkung gesetzt: „Bereits im Laufe befindliche Betreibungen und Klagen wird man nicht suspendieren wollen. In außerordentlichen Kriegsfällen würde dies auch nicht nötig sein, aber da würden sich außerordentliche Mittel auch dazu finden." [1*])

Zu dieser Form des Artikels brachte eine Konferenz von Offizieren[2]) gemeinsam mit dem Vorsteher des eidgenössischen Militärdepartementes folgende Bemerkung an: „Gegen Personen, welche in der Ausübung ihrer Wehrpflicht begriffen sind, kann keine Schuldbetreibung und kein Rechtsstreit und ebensowenig ohne Gestattung des EMD. eine bürgerliche Strafuntersuchung oder ein Polizeistrafverfahren angehoben oder fortgeführt werden."

Es gelang den Offizieren, diesem weitgehenden Standpunkt Nachachtung zu verschaffen. Das Protokoll der Konferenz über diesen Artikel lautet folgendermaßen: „Die Konferenz war der Ansicht, daß auch die Fortsetzung bereits angehobener Rechtsschritte während des Militärdienstes zu sistieren sei, umsomehr als kantonale Vorschriften dieser ausgedehnten Art, z. B. in Bern, bereits existierten." [2]) Aus diesen Kommissionsarbeiten resultierte der sogenannte zweite Entwurf:[3]) Art. 133.

[1]) Karl Hilty: Grundzüge eines Militärstrafgesetzbuches 1878
[1*]) vgl. Anmerkung zu Art. 77 obigen Entwurfes (Bundesarchiv)
[2]) Kommission 1879 vgl. Akten im Bundesarchiv zur Militärgerichtsbarkeit
[3]) MSTRG. 2. Entwurf 1881

„Gegen Wehrpflichtige kann, während sie sich im Dienste befinden, weder eine Schuldbetreibung noch ein bürgerlicher Rechtsstreit angehoben oder fortgeführt werden. Der Ablauf der Verjährungszeiten wird in der dieser Bestimmung entsprechenden Weise gehemmt. Zur Einleitung oder Fortführung einer bürgerlichen Strafuntersuchung oder eines Polizeistrafverfahrens gegen im Dienst befindliche Wehrpflichtige bedarf es der Erlaubnis des EMD."

Art. 134: „Diese Vorschriften beziehen sich jedoch nicht auf militärische Angestellte (Instruktoren, Beamte der Militärverwaltung usw.) und ebensowenig auf andere dem Militär in Hinsicht auf militärische Beurteilung ihrer Vergehungen lediglich gleichgestellte Personen."

Das EMD stellte in der Folge den Antrag, daß außer Absatz 3 des Art. 133 die Art. 133 und 134 ganz wegfallen sollten.[4]) Die Anregung ging von Bundespräsident Welti[5]) aus, mit der Begründung, daß er wohl für den Schutz des Wehrpflichtigen gegen Betreibung während des Militärdienstes sei, doch gehöre eine solche Bestimmung in ein Betreibungs- und nicht in ein Strafgesetz. Die andern Bestimmungen der Art. 133 und 134 bezeichnete er nicht als schlecht, doch als unnötig.

Seinen Ausführungen betreffend der betreibungsrechtlichen Vorschrift ist jedenfalls zuzustimmen. Eine solche Bestimmung gehört nicht in ein Strafgesetz, sondern ist dem Betreibungsrecht vorbehalten. Eine entsprechende Bestimmung finden wir heute im SCHKG. Art. 57[6]): „Für einen Bürger, welcher sich im eidgenössischen oder kantonalen Militärdienst befindet, und für die Personen, deren gesetzlicher Vertreter er ist, besteht während der Dauer des Dienstes Rechtsstillstand. Ausgenommen sind diejenigen, welche sich in der Eigenschaft von Militärbeamten, Instruktoren usw. im Dienste befinden." Es handelt sich hier um eine Schutzvorschrift für den Wehrpflichtigen im Militärdienst.

Gemäß dem Antrag des EMD lautete der Art. 133 im neuen Entwurfe[7]) nur noch folgendermaßen: „Zur Einleitung oder Fort-

[4]) Antrag des EMD. vom 5. Mai 1884
[5]) Kommissionsverhandlungen zum Antrag 1884
[6]) SCHKG 11. April 1889
[7]) Entwurf 30. Mai 1884

führung einer bürgerlichen Strafuntersuchung oder eines Polizeistrafverfahrens gegen im Dienst befindliche Wehrmänner bedarf es der Erlaubnis des EMD." Der Art. 134 war gestrichen worden.

Da die Revisionsbestrebungen für ein neues Militärstrafgesetzbuch scheiterten, legte der Bundesrat nach Rückziehung seines Entwurfes von 1884, der Bundesversammlung im Jahre 1888 einen Entwurf über die Militärgerichtsordnung vor[8]). Der frühere Art. 133 erscheint im Entwurf als Art. 8 in folgender Form:

„Während der Dauer des Militärdienstes darf ein bürgerliches Strafverfahren gegen einen Wehrmann im Dienst nur mit Bewilligung des EMD. eingeleitet oder fortgeführt werden.

Ist das Strafverfahren schon vor Eintritt in den Dienst angehoben worden und verweigert das EMD. die Erlaubnis zu seiner Fortsetzung während des Dienstes, so ruht dasselbe, bis der Angeschuldigte aus dem Dienst entlassen ist".

Diese Form hat auch der Art. 7 im Gesetz von 1889[9]).

Am 19. Mai 1916 erhielt Prof. Hafter in Zürich vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement die Aufgabe, einen Vorentwurf zu einem neuen Militärstrafgesetzbuch auszuarbeiten[10]).

Im Art. 184 seines Entwurfes treffen wir auf den Art. 7 der MSTRGO., der lediglich einige redaktionelle Änderungen erfahren hat.

Der Art. 184 unter dem Marginale: „Bürgerliche Strafverfahren gegen im Dienst befindliche Wehrpflichtige" lautet:

„Während der Dauer des Militärdienstes darf ein bürgerliches Strafverfahren gegen einen Dienstpflichtigen nur mit Ermächtigung des EMD. eingeleitet werden.

Ist das Strafverfahren schon vor dem Eintritt in den Dienst eingeleitet worden und verweigert das EMD die Ermächtigung zu seiner Fortführung, so ruht das Verfahren, bis der Beschuldigte aus dem Dienste entlassen ist."

Auf Grund des Entwurfes von Hafter und der Beratungen in den Expertenkommissionen in den Jahren 1917/1918 legte der

[8]) Verhandlungen der Kommission des Nationalrates betr. Bundesgesetz über MSTRGO., August 1888
[9]) Gesetz MSTRGO vom 28. Juni 1889 Art. 7
[10]) Hafter: Vorentwurf zu einem neuen MSTRG, 2. Auflage 1918, Vorbemerkung

Bundesrat 1918 zu Handen der Bundesversammlung einen bundesrätlichen Entwurf vor[11]), der in Art. 220 Lemma 1 des Hafterschen Entwurfes übernahm, während Lemma 2 gestrichen und an dessen Stelle folgender Absatz gesetzt wurde: „Ist ein Oberbefehlshaber der Armee ernannt worden, so ist die Ermächtigung zur Einleitung und Fortführung des Verfahrens von diesem zu erteilen, wenn der Täter dem Armeekommando untersteht."

Die Beratungen der Kommissionen des National-, sowie des Ständerates führten zu nochmaliger Abänderung und endgültigen Fassung des Textes in Art. 222 des Militärstrafgesetzbuches:[12]). „Während der Dauer des Militärdienstes darf ein bürgerliches Strafverfahren gegen einen Dienstpflichtigen nur mit Ermächtigung des eidgenössischen Militärdepartementes eingeleitet oder fortgeführt werden.

Ist ein Oberbefehlshaber der Armee ernannt worden, so ist die Ermächtigung zur Einleitung oder Fortführung des Verfahrens von diesem zu erteilen, wenn der Täter dem Armeekommando untersteht.

Ist das Strafverfahren schon vor dem Eintritt in den Dienst angehoben worden, und wird die Ermächtigung zu seiner Fortsetzung während des Dienstes verweigert, so ruht das Verfahren, bis der Angeschuldigte aus dem Dienst entlassen ist."

[11]) Botschaft des Bundesrates vom 26. November 1918 zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweiz. MSTRG.

[12]) Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927

II. Teil

Die Auslegung des Art. 222 MSTRG.

I. KAPITEL

Militärdienst und Dienstpflicht

A. Der Militärdienst

I. Einleitender geschichtlicher Überblick

1. Feiss-Isler: Das Wehrwesen der Schweiz, 4. Auflage Bd. 1 und 2, 1914/15.
2. Léderry Ernst: Herausgeber des „Schweizer Heer" 1929.
3. Burckhardt: Kommentar zur BV. 1874, Art. 18.
4. Werner Baumann· „Die Entwicklung der Wehrpflicht in der Schweiz", Diss., Zürich 1932.

Der Sempacherbrief 1393 stellte die erste Kriegsordnung der Eidgenossen dar. Er enthielt allgemein gültige Bestimmungen über Mannszucht im Gefecht, Verbot von Ausschreitungen usw. Diese Kriegsordnung erfuhr ihre Bestätigung im Stanserverkommnis 1481. Nachdem sich die Schweiz nach der Schlacht von Marignano im Jahre 1515 von jeder Großmachtpolitik zurückgezogen hatte, wurde eine militärische Ausbildung, gestört durch vielfache konfessionelle Streitigkeiten, nur noch in geringem Maße zum Schutze des Landes betrieben[1]). Im westfälischen Frieden wurde die rechtliche Unabhängigkeit vom deutschen Reiche anerkannt. Diese Tatsache führte zum ersten eidgenössischen Defensionale vom Jahre 1668. Man wollte die Mittel zur Bewahrung der erlangten Unabhängigkeit bereitstellen. Das Defensionale wurde im eidgenössischen Schirmwerk vom 7. September 1702 bestätigt. Im 18. Jahrhundert entwickelte sich das Wehrwesen kaum mehr, besonders da durch fremde Kriegsdienste Tausende der eigenen Armee entzogen wurden. Als

[1]) M. Feldmann in Léderry: zit. a. a. O.

Gegenleistung für diese Kriegsdienste in fremden Staaten verpflichteten sich diese zur Hilfeleistung im Falle eines Angriffes auf die Schweiz. Deshalb betrachteten es die Schweizer als unnötig für das Wohl ihres Landes mit eigener Kraft einzustehen.[2]). Der Zusammenbruch im Jahre 1798 rüttelte aber die Eidgenossen gründlich auf. Am 13. Dezember 1798 wurde ein Gesetz über die Organisation der Miliztruppen geschaffen. Dieses Gesetz hatte trotz des Verschwindens des Einheitsstaates einen großen Einfluß auf die spätere Gestaltung des Wehrwesens. Schon damals wurde die allgemeine Wehrpflicht durch Erfassung der Männer vom 20. bis 45. Altersjahr weiter ausgebaut. Das „allgemeine Militärreglement" von 1804 überließ die Ordnung des Militärwesens wieder den Kantonen. Die BV. von 1815 und das Militärreglement von 1817 bestimmten: „Jeder waffenfähige Schweizer ist nach anererbter Verpflichtung Soldat"[4]). Die Verfassung von 1848 enthielt den Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht: „Jeder Schweizer ist wehrpflichtig". Noch wurde das gesamte Militärwesen nicht dem Bunde übertragen, da die Kantone nicht auf ihre Militärhoheit verzichten wollten.

Der deutsch-französische Krieg 1870/71 zeigte erneut die Notwendigkeit der Weiterentwicklung des Militärwesens. Auf Grund der Verfassung von 1874 entstand die MO. vom 13. Nov. 1874[5]). Sie brachte den Übergang zum Bundesheer. Eine wirkliche Durchführung der allgemeinen Wehrpflicht erlaubte die Heranziehung aller Waffenfähigen zum Heeresdienst[6]). Die Militärorganisation vom Jahre 1907 brachte keine grundsätzliche Neuerung mehr, doch wurden Mängel behoben, die sich gezeigt hatten. Diese bestehende MO. erfuhr im Laufe der Jahre verschiedene Abänderungen, so eine der wichtigsten im Jahre 1938, wo die allgemeine Wehrpflicht bis zum 60. Altersjahr ausgedehnt wurde[7]). Damit ist eine jahrhundertealte Entwicklung vorläufig abgeschlossen, eine Entwicklung die eng mit der unseres Staatswesens überhaupt verknüpft ist.

[2]) Feldmann in Léderry: S. 102
[3]) Feiss-Isler: a. a. O. S. 7
[4]) Feiss-Isler: S. 11
[5]) Feiss-Isler: S. 54
[6]) Léderry: S. 108
[7]) Abänderungsgesetz vom 22. Dez. 1938 Art. 1

II. Der Militärdienst im besondern

1. Allgemeines: Die Militärdienstpflicht erstreckt sich gemäß der MO. 1907, Art. 8/9 auf

a) den Instruktionsdienst, mit andern Worten den Ausbildungsdienst,
b) den aktiven Dienst, worunter der Dienst zur Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen außen, sowie zur Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern verstanden ist.
c) die Pflicht zur Beobachtung der Vorschriften über das Kontrollwesen, zur Instandhaltung der Bekleidung, Bewaffnung und persönlichen Ausrüstung, und zur Teilnahme an den Inspektionen über dieselbe, zu den vorgeschriebenen Schießübungen und zur Befolgung der für das Verhalten außer Dienst überhaupt geltenden Vorschriften.

Den Dienst, den wir unter lit. a und b aufzählten, nennen wir nach Eugster[1]) „Militärdienst im engern Sinne", der mit Stooss[2]) folgendermaßen umschrieben werden kann: „Militärdienst ist in der Regel auf Grund eines Dienstbefehls unter dem Befehl eines militärischen Vorgesetzten zu leistenden Dienst, wobei der Staat für Sold, Verpflegung und Einquartierung des Wehrmannes zu sorgen hat."

Der Instruktionsdienst, der Aktivdienst sowie die oben unter lit. c aufgezählten weitern Pflichten bezeichnen wir als „Militärdienst im weitern Sinne", der sich etwa als „der Innbegriff aller dem Diensttauglichen obliegenden und vom Staate verlangten Pflichten" umschreiben läßt.[3]) Damit ist der ganze Pflichtenkreis des Wehrmannes gemeint, der sowohl von Waffengattung wie von Grad und Alter abhängig ist. Die Pflichten dauern solange an, als die Dienstpflicht besteht, nämlich vom 20. bis 60. Altersjahr.[4]) Wir haben es hier mit einem Dauerzustande zu tun, sodaß sich von selbst ergibt, daß der Militärdienst, auf den Art. 222 Bezug nimmt, nur Militärdienst im engern Sinne sein kann. Wir werden uns in der Folge nur noch mit der Umschreibung dieses Militärdienstes im engern Sinne

[1]) Eugster: Die persönliche und sachliche Zuständigkeit der schweiz. Militärgerichte, Diss., Zür. 14, § 4
[2]) Stooss: Kommentar a. a. O. S. 4
[3]) von Schumacher: Der Geltungsbereich des schweiz. Militärstrafgesetzes, Diss., Freiburg 1936 S. 67 ff.
[4]) MO. 1938, Art. 1

beschäftigen, also mit dem Militärdienste, wie er unter lit. a und b aufgezählt wurde. Dieser Militärdienst charakterisiert sich dadurch, daß er jeweils nur auf Grund eines von der zuständigen Behörde erlassenen Aufgebotsplakates zu leisten ist (oder eines persönlichen Aufgebotes), also auf Grund eines Dienstbefehls. Nur für diesen Militärdienst ist der Staat zur Soldzahlung, Verpflegung und Unterkunftsgewährung verpflichtet[5]). Den Militärdienst im engern Sinne haben wir in Instruktionsdienst und Aktivdienst unterteilt.

2. Der Instruktionsdienst: Der Instruktionsdienst wird umschrieben als „der zum voraus auf bestimmte Dauer begrenzte Militärdienst, zu dem der Wehrmann durch ein Aufgebot einberufen, und der unter dem Befehl eines militärischen Vorgesetzten zur Ausbildung der Truppe durchgeführt wird.[1])" Der Instruktionsdienst ist ganz allgemein gesagt „Dienst zur Ausbildung"[2]). Er umfaßt somit alle dienstlichen Anlässe, zu denen Truppenkörper oder Militärpersonen für eine bestimmte Zeitdauer zu Lehr-, Lern- und Übungszwecken einberufen werden. Es ist der Dienst, der den Militärtauglichen befähigen soll, seiner eigentlichen Aufgabe — der Landesverteidigung — nachkommen zu können. Darunter fallen alle Kurse und Schulen zur technischen und taktischen Ausbildung, wie Rekruten- und Kaderschulen, Wiederholungs- und Schießkurse, taktische Kurse, Zentralschulen, Baranoffkurse usw. Auch die Kurse der Instruktionsoffiziere an der militärwissenschaftlichen Abteilung der eidg. technischen Hochschule gelten als Instruktionsdienst.[3]) Art. 1 der zit. VO. heißt:„ . . . Sie stehen (cit. die Instruktionsoffiziere) während der Dauer ihrer Kommandierung zur Militärschule im Dienste und unterstehen der Militärgerichtsbarkeit."

Es ist hier noch zu untersuchen, ob freiwilliger Dienst ebenfalls Militärdienst in unserm Sinne ist.[4]) Das Bundesgericht hat sich betreffend freiwilliger Skikurse am 4. Oktober 1934 in einem verwaltungsrechtlichen Entscheide wie folgt geäußert: „. . . alle

[5]) MO. Art. 11 und 12

[1]) v. Schumacher: a. a. O. S. 69
[2]) MO. Art. 8
[3]) Verordnung über die Abteilung für Militärwissenschaften an der allg. Abteilung der ETH., 10. Juli 1929
[4]) Allg. schweiz. Militärzeitung, Dez. 1934 S. 772

Kurse seien als Militärdienst aufzufassen, die von der Militärbehörde organisiert werden, deren Teilnehmer unter die militärische Disziplin und unter das Militärstrafgesetzbuch gestellt sind, die die Uniform tragen und besondern Gefahren des militärischen Lebens ausgesetzt sind. Diese Kennzeichen treffen bei den freiwilligen Militärskikursen offenbar zu. Ob der Kurs freiwillig oder obligatorisch ist, hat mit der Sache weiter nichts zu tun. Aus Art. 11 MO. darf nicht etwa der Schluß gezogen werden, ein freiwilliger Skikurs sei kein Militärdienst, weil der Skikursfreiwillige keinen Sold erhalte. Der Art. 11 bezieht sich eben auf obligatorischen, vom Staate erzwungenen Dienst, für den der Dienstpflichtige billigerweise auch Sold fordern kann. Der Sinn dieses Artikels ist doch sicher nicht der, daß ein Dienst, an dem Dienstpflichtige freiwillig teilnehmen und der alle Merkmale eines Militärdienstes aufweist, nur deswegen kein Militärdienst sein soll, weil kein Sold ausbezahlt wird. Dies ist nur eine Folge der Freiwilligkeit des betr. Militärdienstes.

Die gleiche Auffassung, daß freiwilliger Dienst ebenfalls Militärdienst im eigentlichen Sinne ist, finden wir in einem Urteil des Militärkassationsgerichtes vom 13. März 1933 in Sachen Aebi, Rippstein . . .[5]) „Der Dienst, den Wehrmänner freiwillig oder auf Grund eines Befehls über den WK. hinaus ihrer Einheit leisten, um die Pferde bis zum Beginn des WK. einer andern Einheit zu besorgen, ist gesetzmäßiger Militärdienst."

Was den militärischen Vorunterricht anbetrifft, besteht auch hierüber ein Urteil des MKG., welches die Dienstpflichtigen, die diesen Vorunterricht besuchen, als im Militärdienst befindlich bezeichnet[6]).

3. Der Aktivdienst: Der Instruktionsdienst ist nur Vorbereitung und Ausbildung für den Aktivdienst d. h. den Dienst zur Behauptung des Vaterlandes gegen außen sowie zur Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern (MO. Art. 8). Es ist der Dienst, bei dem das Heer seine eigentliche Aufgabe zu erfüllen hat.

[5]) Militärkassationsgerichtsurteile, 13. März 1933, Bd. 1926-1935, Nr. 5 35
[6]) MKG. vom 11. Dez. 1925 i. S. Herzog Bd. zit. oben

Eugster[1]) definiert den Aktivdienst folgendermaßen: „Aktiver Dienst ist jede Inanspruchnahme von Truppen und jede Besammlung von taktischen Einheiten zur Verwendung als Kampf-, Schutz- und Hilfsmittel des Staates gegen äußere und innere, die öffentlichen Interessen bedrohende Gewalten."

Der aktive Dienst wird nicht etwa durch die Eidesleistung und das Verlesen der Kriegsartikel zu einem solchen gestempelt. Die Vereidigung ist bloß ein Zeichen, daß sich die Truppe im aktiven Dienst befindet, im übrigen aber nicht begriffswesentlich[2]).

Mit der Mitteilung der bestimmten Aufgabe befindet sich die Truppe im Aktivdienst. So wäre z. B. eine Rekrutenschule, also eine sich im Instruktionsdienst befindliche Truppe, im Aktivdienst, wenn sie zur Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung im Innern verwendet wird[3]). Art. 1 des unter[3]) zit. BRB. lautet: „Der Bundesrat und der Regierungsrat des Kantons Genf sehen sich durch die Unruhen in Genf vom 4. November 1932 genötigt, Truppen zur Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern zu verwenden. Diese Truppen stehen im Aktivdienst." Es handelte sich bei dieser Truppe um eine Rekrutenschule. Am 12. November 1932 wurden durch erneuten Bundesratsbeschluß neue Truppen in verschiedenen Kantonen aufgeboten. Der Art. 1 dieses Beschlusses stimmte mit dem oben zit. überein, mit Ausnahme des Schlußsatzes, der folgende Fassung erhielt: „Diese Truppen stehen im Aktivdienst und sind zu beeidigen. "Erst hier wurde die Beeidigung befohlen, aber nicht in dem Sinne, daß die Beeidigung zum Begriffe des Aktivdienstes gehöre, sonst wären ja die am 9. November aufgebotenen Truppen nicht im Aktivdienst gewesen; obschon dies ja ausdrücklich bestimmt worden war.

Ständig im Aktivdienst befindet sich der *eidgenössische Fortwächter,* der auf Grund eines Vertrages der militärischen Disziplin

[1]) Eugster § 4 S. 31
[2]) Schumacher a. a. O. S. 71
[3]) Bundesratsbeschluß vom 10. Nov. 1932 über die Unterstellung von Zivilpersonen unter das Militärstrafrecht
BRB. vom 12. Nov. 1932 betr. das Aufgebot von Truppen und Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereiches des MStRG

untersteht[4]). Der Fortwächter geht, wie der Instruktionsoffizier, mit dem Bund ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis ein. Er leistet somit nicht einen gesetzlichen Militärdienst wie die andern Staatsbürger, sondern einen freiwilligen. Der Zweck dieser Truppe ist die Sicherung der Befestigungswerke. Laut Art. 7 des zit. Gesetzes bilden sie bis zum Eintreffen der ordentlichen Besatzung die erste Verteidigungstruppe. Da die Art des Dienstes durch seinen Zweck bestimmt wird, haben wir es hier zweifellos mit Aktivdienst zu tun.

Ob der *Grenz- oder Zollwächter* sich ebenfalls im Militärdienst befindet, ist fraglich. Nach der Zweckumschreibung würde eher das Gegenteil anzunehmen sein. Nach Zollgesetz hat die militärisch organisierte, bewaffnete und uniformierte Zolltruppe, den Zolldienst durch Grenzüberwachung zu sichern[5]). Es handelt sich hier somit weder um direkte Landesverteidigung noch um Ausbildung zu diesem Zweck. Trotz der militärischen Organisation muß man bezweifeln, daß sich der Zollwächter im Militärdienst befindet[6]). Auch Schumacher a. a. O. vertritt diese Meinung, indem er sagt, daß gemäß Zollgesetz Art. 137 das Grenzwachtkorps eine militärisch organisierte und dem Militärstrafrecht sowie der Militärgerichtsbarkeit unterstehende Truppe sei. Diese durch das Zollgesetz einseitig festgesetzte Umschreibung werde aber durch das Militärstrafgesetz von 1927 insofern bestätigt, als in Art. 2 Ziff. 6 das Grenzwachtkorps ausdrücklich unter Militärstrafgesetz gestellt wird. Es läßt sich daraus schließen, daß der Gesetzgeber von dieser ausdrücklichen Erwähnung abgesehen hätte, wenn er angenommen haben würde, daß sich der Grenzwächter ständig im Militärdienst befinde. Neben Art. 2 Ziff. 1 MSTRG, wo festgestellt wird, daß Personen, die sich im Militärdienst befinden, unter Militärstrafrecht stehen, wäre diese besondere Nennung sonst überhaupt nicht zu verstehen. Daß Stooss a. a. O. im Kommentar S. 4 anderer Meinung ist, läßt sich dadurch erklären, daß in der MSTRGO. 1889 eine dem Art. 2 Ziff. 6

[4]) Schumacher: a. a. O. S. 104 — Eugster a. a. O. S. 43 — Stooss: Kommentar a. a. O. S. 4 — Schneider: Die Zuständigkeit der militärischen Gerichte in der Schweiz. Allg. Militärzeitung 1901 S. 7 BG. vom 13. April 1894 betreffend die Organisation der Gotthardbesatzung

[5]) BG. betr. das Zollwesen vom 1. Okt. 1925

[6]) Schumacher a. a. O. S. 108

MSTRG. 1927 entsprechende Aufzählung des Grenzwachtkorps fehlt. Zur weitern Begründung dieses Standpunktes dient der Art. 13 der MO. 1907, der folgendermaßen lautet: „Während der Dauer ihres Amtes oder ihrer Anstellung haben keinen Militärdienst zu leisten: Ziff. 5. Das Personal des Grenzwachtkorps; der Bundesrat kann im Mobilmachungsfall über dieses Personal zu Kriegszwecken verfügen." Das Grenzwachtkorps könnte somit nur in diesem letztern Fall im Militärdienste sein.

4. Der Hilfsdienst: Gemäß Art. 29 der MO. 1938 sind die Hilfsdienste zur Ergänzung und Entlastung der Armee bestimmt. Bei der Rekrutenaushebung werden alle Wehrpflichtigen, die nicht militärdiensttauglich wohl aber arbeitsfähig sind, hilfsdienstpflichtig erklärt und einer Hilfsdienstgattung zugewiesen[1]). Ferner werden alle diejenigen Militärdienstpflichtigen hilfsdienstpflichtig, die aus sanitarischen Gründen für keine der drei Heeresklassen mehr tauglich, wohl aber arbeitsfähig sind. Es können auch solche dazu kommen, die ihrer Dienstpflicht in Auszug, Landwehr und Landsturm schon nachgekommen sind. Außer dieser allgemeinen Rekrutierung der Hilfsdienste gibt es noch außerordentliche Fälle der Hilfsdienstzuteilung, indem z. B. Offiziere und Unteroffiziere, die auf Grund des Art. 18 MO. vom Heere ausgeschlossen wurden, dem Hilfsdienst zugeteilt werden, ferner Schweizerbürger vor Erreichung des militärpflichtigen Alters und Freiwillige, von denen im Anschlusse die Rede sein wird. Die Hilfsdienstpflicht beginnt mit dem Einteilungsdatum und dauert bis zum zurückgelegten 60. Altersjahr. Sie kann bei schriftlicher Verpflichtung sogar diese Grenze überschreiten. Die Hilfsdienstpflichtigen werden zur Ergänzung der Heeresklassen und für verschiedene Bedürfnisse der Landesverteidigung verwendet. Grundlagen einer Hilfsdienstpflicht können wir schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts feststellen[2]). So nannte man damals die bedingt Untauglichen, die als Schreiber, Ordonnanzläufer, Musikanten, Tambouren etc. verwendet wurden. Diese „Hilfsdienstpflichtigen" standen ebenfalls unter militärischer Disziplin.

[1]) VO. über die Hilfsdienste 3. 4. 1939
[2]) Baumann: Entwicklung der Wehrpflicht a. a. O. S. 317

Es muß nun abgeklärt werden, ob der Hilfsdienst ebenfalls als Militärdienst im Sinne des Art. 222 MSTRG. betrachtet werden kann. Das Abänderungsgesetz der MO. Art. 21 bis bestimmt, daß für einzelne Hilfsdienstgattungen von der Bundesversammlung Ausbildungskurse angeordnet werden können. Diese Kurse, sowie der von den Hilfsdienstpflichtigen geleistete aktive Dienst, gelten als Militärdienst. Die Bundesversammlung hat die Grundsätze betreffend Militärversicherung und Sold aufzustellen. Der Art. 30 der Hilfsdienstverordnung lautet entsprechend: „Der von Hilfsdienstpflichtigen geleistete eidgenössische Dienst ist Militärdienst." Die Ausbildungskurse für den Hilfsdienst werden von der Bundesversammlung festgesetzt. Für das Einrücken zum Instruktionsdienst und zum aktiven Dienst gelten die gleichen Vorschriften wie für die Truppe. Da auch in Bezug auf Aufgebot und Sold sowie auf Verpflegung eine Gleichstellung mit den Truppen erfolgt, ist wohl kein Zweifel, daß der Hilfsdienstpflichtige sich während seines Dienstes im „Militärdienst" befindet.

B. Besondere Zweige des Hilfsdienstes

a) Ortswehr:[8]) Die Ortswehrleute sind Freiwillige, die durch die kant. Militärbehörden in die Hilfsdienste eingeteilt werden. Das Lebensalter fällt außer Betracht, einzig maßgebend ist die Eignung in Bezug auf Charakter und Leistungsfähigkeit. Gemäß Art. 1 des zit. BRB. gelten die Vorschriften und Bestimmungen über die Hilfsdienste, soweit der Bundesrat oder die Armeeleitung nichts anderes verfügen.

Oben wurde festgestellt, daß die vom Hilfsdienstpflichtigen geleisteten Kurse und der aktive Dienst als Militärdienst zu gelten haben (Art. 30 VO. Hilfsdienst).

Im BRB. 1940 Art. 5 wird ausdrücklich festgestellt, daß die Ortswehrleute während des Dienstes und außerhalb desselben in Bezug auf ihre dienstliche Stellung und ihre dienstlichen Pflichten dem Militärstrafgesetz und der Militärstrafgerichtsbarkeit unterstehen.

[8]) BRB. 16. Sept. 1940 betr. die Ortswehr
VO. über den Hilfsdienst

Aus diesen Gründen kann geschlossen werden, daß sich die Ortswehr als spezieller Zweig des Hilfsdienstes während seiner Instruktionskurse sowie während des Aktivdienstes im Militärdienst im Sinne des Art. 222 MSTRG. befindet.

b) Frauenhilfsdienst: Als Freiwillige können in allen Hilfsdienstgattungen, in denen weibliche Hilfsdienstkräfte verwendbar sind, auch Frauen angenommen werden[4]).

Auch sie unterstehen mit der gleichen Begründung obiger Regelung.

c) Luftschutz: Während der Dauer der Instruktionskurse sind die Luftschutzleute gleich wie andere Hilfsdienstpflichtige im Militärdienst.

Anhang: Die Militärpatienten

Diese unterstehen einerseits dem Militärversicherungsgesetz[5]) und andererseits dem Militärstrafrecht. Der Art. 11 des Militärversicherungsgesetzes wurde durch BRB. abgeändert[6]); er lautet neu gefasst: „Die Insaßen von Spitälern und Heilstätten sind in disziplinarischer Hinsicht den Aufsichtsorganen der betreffenden Anstalten unterstellt und haben sich in allen Teilen der Hausordnung sowie den ärztlichen Anordnungen zu fügen. Sofern sie noch dienstpflichtig sind und die Uniform tragen, oder insofern auf sie Art. 2 (Ziff. 4) oder Art. 6 des MSTRG. von 1927 zutrifft, stehen sie unter militärischen Gesetzen. Ob sich also der Militärpatient im Militärdienst befindet, hängt vom speziellen Fall ab. Sicher ist, daß der während des Aktivdienstes in eine MSA. eingelieferte Militärpatient im Aktivdienst bleibt. Er trägt weiterhin die Uniform, er untersteht der militärischen Disziplin und den militärischen Gesetzen.

5. Der Ehrendienst: Hier herrscht in der Literatur Uneinigkeit. Während Eugster[7]) den Ehrendienst nicht als Militär-

[4]) VO. betr. den Hilfsdienst Art. 2, lit. d
[5]) Militärversicherungsgesetz 1901
[6]) Schweiz. Juristen Z. Bd. 14 S. 315
[7]) Eugster a. a. O. S. 45

dienst gelten lassen will, glaubt von Schumacher[8]) diesen ohne weiteres als solchen auffassen zu können. Er stützt sich dabei auf Urteile des Divisionsgerichtes VI und des MKG. in Sachen Sigg und Konsorten (zit. bei Schumacher). Diese Urteile definieren den Aktivdienst weiter als bis jetzt dargelegt wurde, indem sie sagen, daß alles als Aktivdienst zu betrachten sei, was nicht Instruktionsdienst ist. Unter eine solche Definition würde auch der Ehrendienst fallen, sei er nun Dienst zu Begräbnissen oder Staatsempfängen. Eines ist wohl sicher, Ehrendienst ist nicht Instruktionsdienst, denn er ist nicht Dienst zur Ausbildung. Er wird auf Grund eines Aufgebotes geleistet, ist besoldet, kann sich auf mehrere Tage erstrecken. Er läßt sich allerdings schwer mit unserer Aktivdienstdefinition (vgl. unter 3) in Einklang bringen. Trotzdem muß es sich hier um Militärdienst handeln, da ja alle Merkmale eines solchen vorhanden sind; es ist eben ein besonderer Dienst mit besonderem Zweck.

III. Die Dauer des Militärdienstes

1. Allgemein: Die Dauer der Instruktionsdienste wird zum voraus immer genau bestimmt im Gegensatz zum Aktivdienst, der erst mit der Beseitigung der Gefahr zu Ende geht. Der Dienstpflichtige befindet sich ununterbrochen im Dienst vom Augenblick des Eintrittes bis zur Entlassung. Er ist also auch im Militärdienste während seiner freien Zeit und während seines Urlaubes, was später noch zu beweisen sein wird. In welchem genauen Zeitpunkt der Dienst beginnt, ist bestritten. Nach Art. 3 des Entwurfes von 1881 MSTRG. beginnt der Dienst im Augenblicke des Anziehens der Militärkleidung, oder falls der Dienstpflichtige nicht in der Uniform einrückt, mit dem Augenblick, in dem er sein Domizil verläßt. Dies ist nun kaum zutreffend; denn nach dieser Auffassung wäre ein Dienstpflichtiger, der seine Uniform im Zeughaus deponiert hat, mit dem Augenblick des Verlassens des Domizils zum Fassen seiner Uniform, also beispielsweise schon am Vortage seines Einrückungstages, als im Militärdienst befindlich zu betrachten.

[8]) Schumacher a. a. O. S. 72

Bei der Entlassung wäre derjenige Dienstpflichtige, der wegen weiter Heimreise erst an dem dem Entlassungstag folgenden Tage sein Domizil erreicht, bis zu diesem Zeitpunkt im Militärdienste. Für solche Fälle paßt der Art. 2, Ziff. 3 MSTRG. 1927, viel besser, denn es handelt sich hier um Dienstpflichtige, die außerhalb des Dienstes in Uniform auftreten.

Schumacher a. a. O. S. 94 ff läßt den Militärdienst mit Anbruch des Einrückungstages bis zum Entlassungstag dauern, denn gemäß Urteil des MKG. 4. November 1907 seien Einrückungs- und Entlassungstag als Diensttage zu betrachten. Obschon Schumacher selbst feststellt, daß es für einen Dienstpflichtigen, der am Nachmittag des Entlassungstages noch Zivilkleider trägt, hart sei, sich als im Militärdienst befindlich zu betrachten, hält er an seiner Theorie fest.

Solche Lösungen werden aber immer der Klarheit entbehren. Jeder Dienst beginnt mit dem zum voraus bekanntgemachten Zeitpunkt des „Antretens" und endet auch bei der Entlassung mit dem offiziellen „Abtreten". Diese beiden Termine, Antreten einerseits und Abtreten andererseits, sind die beiden Grenzpfähle der Dienstdauer. Wird ein Einzelner vorher entlassen, so geschieht dies auch an einem genau fixierten Zeitpunkte. [1])

Mit dem „Abtreten" ist nach dieser Auffassung der Dienst zu Ende, was zur Folge hätte, daß der Wehrmann wieder der bürgerlichen Gerichtsbarkeit unterstehen würde, z. B. während der Heimfahrt Wir sehen das Unbefriedigende an dieser Theorie. Doch hier tritt Art. 2 MSTRG. 1927, Ziff 3 in die Lücke, der bestimmt, daß Dienstpflichtige, die außerhalb des Dienstes in Uniform auftreten, dem Militärstrafrecht unterstehen. Ferner bestimmt Art. 218 MSTRG.: „Wenn und soweit eine Person dem Militärstrafrecht untersteht, ist sie auch der Militärgerichtsbarkeit unterworfen."

Wir gelangen somit zu einer saubern Lösung. Der Dienst geht zu Ende mit dem „Abtreten", die Unterstellung unter die Militärgerichtsbarkeit jedoch erst mit dem Uniformausziehen. Ob

[1]) Eugster a. a. O. S. 33

die Uniform mit oder ohne Erlaubnis länger als gestattet getragen wird, ist hier ohne Bedeutung. Die Tatsache des Tragens der Uniform genügt, um den betreffenden Dienstpflichtigen der Militärgerichtsbarkeit zu unterwerfen. Grundbedingung ist es aber, daß es sich dabei um eine Militärperson handelt, denn eine Zivilperson, die in Uniform delinquiert, untersteht der bürgerlichen Gerichtsbarkeit.

Wir gelangen so zum Schluß, daß der Militärdienst mit dem offiziellen Antreten beginnt und bis zum offiziellen Abtreten dauert. Vor und nach diesem Zeitpunkt befindet sich der Dienstpflichtige nicht im Militärdienst, ob er nun länger die Uniform trägt oder nicht.

2. Die Stellung des Urlaubers: Von Theoretikern wie von den Gerichten wurde bisher der Urlauber übereinstimmend als im Militärdienst stehend betrachtet. Mit Schumacher[2]) kann dazu folgendes ausgeführt werden: Im Militärdienst befindet sich auch der Urlauber. Er unterbricht ihn nicht. Der Urlaub dispensiert lediglich von der Anwesenheit bei der Truppe und von der Erfüllung des Tagesbefehls, keineswegs aber von den allgemeinen Pflichten, die der Militärperson obliegen. Der Urlaub ist eine Maßnahme des Dienstbetriebes, wofür schon die Art der Urlaubserteilung durch die militärischen Vorgesetzten und nicht durch die aufbietende Behörde spricht. Der Entlassene dagegen ist von der Leistung des Dienstes befreit, er untersteht nicht den militärischen Vorgesetzten. Er tritt erst wieder in den Dienst, nachdem er von der zuständigen Behörde ein Aufgebot erhalten hat. Der Urlauber dagegen bleibt auch während des Urlaubes unter der absoluten Befehlsgewalt seiner militärischen Vorgesetzten, die ihn jederzeit zurückrufen können. Er erhält einen Urlaubspaß, den er zur Kontrolle abstempeln lassen muß. Er untersteht der Kontrolle seiner Vorgesetzten. Ob die Länge des Urlaubes eine Rolle spielt, ist später zu untersuchen.

Achermann[3]) bestätigt diese Auffassung, indem er sagt, daß Beurlaubungen Maßnahmen des Dienstbetriebes seien zur leichtern

[2]) Schumacher a. a. O. S. 20

[3]) Achermann: Die Stellung des Wehrmannes im bürgerlichen Recht. Säckingen 1921 S. 99

Durchführung des Dienstes, die keine Unterbrechung des militärischen Gehorsamsverhältnisses herbeiführen.

Hafter betrachtet den Urlauber grundsätzlich auch als im Dienste befindlich.[4])

Nach einem Urteil des MKG[5]) ist der Urlaub ein durch besondere Bewilligung räumlich und zeitlich erweiterter Ausgang, d. h., er ist eine während des Militärdienstes besonders zugestandene „freie Zeit". Deshalb sind Beurlaubungen des einzelnen Wehrmannes, während seine Einheit noch unter den Waffen steht, nicht als Entlassung aus dem Dienste zu betrachten.

Der Wehrmann, der von seiner im Dienst stehenden Einheit vorübergehend beurlaubt ist, ist der Militärgerichtsbarkeit nach MSTRG. 1927, Art 2, Ziff. 1, unterworfen, d. h. er ist eine Person, die sich im Militärdienste befindet.[6])

Es ist nun fraglich, ob die Dauer des Urlaubes eine Rolle spielt. Nach der Auffassung von Schumacher a. a. O. sowie nach der Tendenz der oben zit. Urteile spielt die Länge des Urlaubes keine Rolle, mit andern Worten, auch der mehrere Tage im Urlaub sich befindende Wehrmann steht noch im Militärdienst. Diese Auffassung ist aber unhaltbar. Ein solcher Einbruch in die bürgerliche Gerichtsbarkeit wäre kaum zu rechtfertigen. Die neueste Praxis hat mit dem nachzit. Urteil dieser Forderung entsprechend die Dauer des Urlaubes limitiert: [7]) „Wer für längere Zeit beurlaubt oder dispensiert ist, kehrt für die Dauer des Urlaubes, bzw. der Dispensation, vollständig ins Zivilleben zurück, wogegen seine militärische Stellung gänzlich in den Hintergrund tritt. Solche Leute delinquieren als Zivilisten, auch wenn ihre Einheit im Dienste ist. Anders bei kurzem Urlaub; hier bleibt der Wehrmann im Dienst, und es handelt sich um eine nur vorübergehende Entbindung von den dienstlichen Obliegenheiten". Grundlegend dazu war der Befehl des Generaladjutanten vom 4. November 1939,

[4]) Hafter Vorentwurf a. a. O. S. 4
[5]) Zeitschrift für Strafrecht B. 31 S. 387
Sammlung der Urteile des MKG 1915—25 Nr. 82
[6]) MKG Sammlung Bd. 1914—16 S. 67 — Bd. 1926—35 Nr. 65
[7]) MKG Heft 2 1941 Nr. 84

wonach Wehrmänner, welche mehr als 2 Tage Urlaub erhalten, sofort bei Rückkehr an ihren Wohnort die Zivilkleider anzuziehen haben, während bei Urlaub bis zu 2 Tagen die Uniform getragen werden muß. Während dieser 2 Tage ist ja der Beurlaubte soldberechtigt. Ob im speziellen Fall der Täter in Uniform oder in Zivil delinquiert, ist belanglos. Aus diesem Urteil folgt der Satz: „Wer von seiner im Aktivdienst stehenden Einheit nicht länger als zwei Tage beurlaubt ist, bleibt dem Militärstrafrecht unterstellt," mit andern Worten, „wer über zwei Tage Urlaub erhält, befindet sich nicht mehr im Militärdienst". Daraus folgt, daß zur Einleitung oder Fortführung des Strafverfahrens nach Art. 222 MSTRG. eine Ermächtigung beim EMD., bezw. beim General, nicht eingeholt werden muß, wenn der Beschuldigte einen Urlaub von über zwei Tagen erhalten hat. Diese Ermächtigung müßte erst bei Wiedereinrücken des Beschuldigten eingeholt werden.

Anhang: Die Stellung des Dispensierten.

VO. betr. die Dispensation bei Kriegsmobilmachung, 3. Dez. 1937, Art. 1: „Das EMD. kann für die Kriegsmobilmachung diejenigen Wehrmänner und Hilfsdienstpflichtigen vom Einrücken dispensieren, die unabkömmlich sind . . ." Diese dispensierten Wehrmänner sind nach dem Wortlaut als nicht im Militärdienst stehend zu betrachten, denn sie rücken gar nicht ein. Das Gleiche ist auch anzunehmen, wenn Wehrmänner während des Aktivdienstes ausdrücklich dispensiert werden. Durch die Dispensation wird die Militärperson der direkten Befehlsgewalt seiner militärischen Vorgesetzten entzogen. Er kann nur durch ein entsprechendes Aufgebot der höchsten Kommandostelle zurückgerufen werden. Bei der Truppe wird er nicht mehr im Bestandesrapport aufgeführt. Während seine Einheit im Dienste ist, entspricht seine Stellung der des Entlassenen; ist seine Einheit jedoch ebenfalls entlassen, so nimmt der Dispensierte eine Sonderstellung ein, da er solange als entlassen gilt, als seine Dispensation läuft (Mobilmachung ausgeschlossen), während seine Einheit nach bestimmtem Ablösungsplan wieder einzurücken hat.

B. Die Dienstpflicht.

I. Die Wehrpflicht.

Die Bundesverfassung bestimmt in Art. 18, daß jeder Schweizer wehrpflichtig sei[1]). Dagegen wurden in der Verfassung keine Altersgrenzen festgesetzt und so deren Bestimmung der Militärorganisation überlassen. Diese bestimmt die Wehrpflicht vom 20. bis zum 60. Altersjahr[2]). Die Altersgrenze kann aber unterschritten werden, wenn Diensttauglichen schon vor Erreichung des 20. Altersjahres der Eintritt in den Militärdienst gestattet wird[3]). Auch im Kriegsfalle können die Altersgrenzen weiter gesteckt werden.

Die Wehrpflicht umfaßt[4]):

I Die Pflicht zur persönlichen Leistung des Militärdienstes in Auszug, Landwehr und Landsturm — die Militärdienstpflicht.

II. Die Pflicht zur persönlichen Leistung von Diensten in einer Gattung der Hilfsdienste — die Hilfsdienstpflicht.

III. Die Pflicht zur Bezahlung eines Ersatzes — die Militärsteuerpflicht. Diese Militärsteuerpflicht tritt an Stelle der persönlichen Dienstleistung.

Der Begriff Wehrpflicht umfaßt somit eigentlich zwei Leistungen: Eine zum Staatszweck mittelbare, welche zur Schaffung der Staatsmittel dient, die Militärsteuerpflicht, und eine zum Staatszweck unmittelbare, welche die Durchführung der Staatsaufgabe bezweckt, die Militärdienst- und Hilfsdienstpflicht.

II. Die Dienstpflicht im besondern.

Wir haben oben zwei Arten von Dienstpflichten festgestellt: Die Militär- und die Hilfsdienstpflicht. Doch auch diese Dienstpflicht erfährt Ausnahmen. Es kann nicht allein die individuelle Beschaffenheit über die Herbeiziehung zur Dienstleistung im Heere entscheiden, sondern es muß auch Rücksicht genommen werden

[1]) Vgl. dazu Einleitung zu Kap. I
[2]) MO Art. 2 und Abänderungsgesetz a. a. O. Art. 1
[3]) MO Art. 2/2
[4]) MO Art. 1, Abänderungsgesetz Art. 1

auf die Aufgaben, die der Betreffende im Staate und in der Gesellschaft erfüllt. Trotz Leistung von Militärdienst muß der Staat weiterverwaltet werden. Es müssen deshalb bestimmte Inhaber staatlicher Ämter, die auch während eines Militärdienstes unbedingt verwaltet werden müssen, von der Dienstpflicht befreit sein. Es muß aber dabei ein absolut nötiges Mindestmaß eingehalten werden, „denn der Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht ist nicht nur in Zweckmäßigkeitsrücksichten begründet, nämlich auf die Rücksicht auf die wirtschaftlich beste Organisation des kriegführenden Staates, sondern auch in Erwägungen der Politik und der Gerechtigkeit: Es soll die persönliche Last des Militärdienstes möglichst gleichmäßig verteilt und möglichst allgemein verbreitet sein, damit jeder am Militärwesen interessiert sei[5])".

In der MO. finden wir diejenigen Personen aufgezählt, die aus obigen Gründen von der Militärdienstpflicht befreit sind:[6])

1. Die Mitglieder der Bundesversammlung für Instruktionsdienst während der Dauer ihrer Sitzungen.
2. Die Mitglieder des Bundesrates, der Kanzler, Geistliche, die nicht Feldprediger sind, ärztliche Direktoren und Vorsteher, Krankenwärter öffentlicher Spitäler, sowie die Direktoren und Gefangenenwärter der Strafanstalten, das Polizeikorps und das Grenzwachtkorps. Im Kriegsfalle haben ferner keinen Militärdienst zu leisten die unentbehrlichen Beamten und Angestellten von Verkehrsanstalten und der Militärverwaltung.

Im Gegensatz zu diesen Ausnahmen von der Erfüllung der Dienstpflicht im Interesse der Landesverwaltung steht die Ausschließung. Diese geschieht nur im Interesse der Armee (MO. Art. 16 ff.). So wird ein Militärdienstpflichtiger von der Dienstpflichterfüllung ausgeschlossen, wenn er sich durch seine Lebensführung der Zugehörigkeit der Armee unwürdig erweist. Ferner kann das eidgenössische Militärdepartement den Ausschluß eines wegen eines schweren Deliktes Verurteilten verfügen. Eine viel weitergehende Vorschrift enthält der Art. 18 MO., worin bestimmt

[5]) Burckhardt Kommentar BV. a. a. O. S. 139
[6]) MO Art. 12, 13, 14

wird, daß Offiziere, die unter Vormundschaft gestellt sind, in Konkurs fallen oder fruchtlos ausgepfändet werden, von der Erfüllung ihrer Dienstpflicht ausgeschlossen werden. Diese Bestimmung geht sicher zu weit. Nicht jeder, der in Konkurs fällt oder fruchtlos ausgepfändet wird, hat seine schlechte finanzielle Lage selbst verschuldet. Gerade in unserer Zeit des erhöhten Wirtschaftskampfes fallen viele wertvolle Elemente diesem Artikel zum Opfer. Diese Bestimmung sollte dahingehend eingeschränkt werden, daß nur derjenige ausgeschlossen wird, der den Konkurs oder die Pfändung deliktisch selbst herbeigeführt hat.[7])

Es ist noch kurz auf die Frage einzutreten, ob die BV. durch Proklamierung der allgemeinen Wehrpflicht, ein subjektives Recht begründe, ins Heer aufgenommen zu werden. Dazu ist zu bemerken, daß die Verfassung nur einen Grundsatz aufstellt, die Ausgestaltung im Einzelnen aber den Gesetzen überläßt. „Ein verfassungsmässiges Recht, in der Armee zu dienen, kann der Ansprecher nicht geltend machen, da hiezu stets gesetzliche oder andere Vorschriften anzurufen sind".[8]) Einzig in der Aushebungsverordnung ist ein Satz vorgesehen, der ein Beschwerderecht gegen die sanitarische Aushebungskommission zuläßt.[9])

Die Dienstpflicht dauert so lange, als der Dienstpflichtige dem Heere angehört. Sie kann enden vor dem 60. Altersjahr, dadurch, daß Dienstuntauglichkeit eintritt und demgemäß die Militärsteuerpflicht oder event. die Hilfsdienstpflicht Platz greift. Sie endet aber mit Ende der Wehrpflicht.

Auch der ständig dienstleistende Instruktionsoffizier ist selbstverständlich Dienstpflichtiger. Er wird von Art. 222 MSTRG 1927 solange erfaßt, als er sich im Militärdienst befindet, im Gegensatz zu SCHKG. Art. 57/2, wo dem Instruktor der Vorteil des Rechtsstillstandes nicht gewährt wird. Es ist dies auf die ratio legis zurückzuführen; während bei SCHKG. Art. 57 die Rechtsstillstandsvorschrift in erster Linie zu Gunsten und im Interesse des im

[7]) Schweiz. Strafgesetzbuch Art. 163 ff.
[8]) Burckhardt Kom. S. 139.
[9]) Aushebungsverordnung vom 9. 4. 1910 Art. 30

Militärdienst befindlichen Wehrmannes gelten soll, wiegt bei der Vorschrift des Art. 222 MSTRG. das militärische Gesamtinteresse vor.[10]) Ein Instruktor, der fast ständig im Militärdienste ist, könnte ja überhaupt nicht betrieben werden, wenn SCHKG. Art. 57 für ihn Geltung haben würde. Dies wäre für seine Gläubiger eine Unbilligkeit.

Anders ist die Behandlung nach Art. 222 MSTRG. Hier liegt es im Gesamtinteresse der militärischen Ausbildung, daß der Instruktor nicht wegen Kleinigkeiten an der Erfüllung seiner Aufgaben verhindert wird. Aus diesem Grunde wird die Entscheidung des EMD. vorbehalten.

ANHANG:

Abgrenzung der Ausdrücke „Militärperson und Wehrmann".

1. Die Militärperson: Unter Militärperson wird nach Art. 2 Ziff. 1 MSTRG. die Person verstanden, die sich im Militärdienst befindet. Es sind somit alle Personen gemeint, die zum Heere gehören, aber nur so lange als sie Militärdienst leisten. Gemäß MO. Art. 38 gehören zum schweizerischen Heere die Kommandostäbe, der Generalstab, die einzelnen Truppengattungen, die Dienstzweige und die Hilfsdienstpflichtigen. Es fallen auch Freiwillige darunter, die dem Heere eingegliedert sind, gemäß einem Urteil des MKG.[1]) „Der Freiwillige leistet seinen Dienst als Militärperson".

Nach Zingg[2]) kann die Militärperson umfassend folgendermaßen definiert werden: Als Militärperson im Sinne unseres Gesetzes müssen diejenigen Personen bezeichnet werden, welche sich im Militärdienste befinden oder außerdienstlich in Uniform auftreten und welche in den Kontrollen der Armee aufgeführt, sowie in der militärischen Hierarchie eingegliedert sind."

[10]) Kreisschreiben des Bundesgerichts an die kant. Aufsichtsbehörden über Schuldbetreibung und Konkurs für sich und zu Handen der Betreibungs- und Konkursämter vom 4. Okt. 1939.

[1]) MKG. vom 31. Dez. 1932 i. S. Wälchli

[2]) Zingg: Unterstellung von Zivilpersonen unter Militärstrafrecht, Diss., Bern 1936

Militärperson muß auch vom Begriff „Militärdienstpflicht“ abgegrenzt werden. Militärperson ist man im Augenblick des Einrückens in die RS., also auch vor dem 20. Altersjahr, während man erst mit dem 20. Altersjahr militärdienstpflichtig ist. Es besteht deshalb die Möglichkeit, Militärperson zu sein, ohne daß man militärdienstpflichtig ist. Die gleiche Möglichkeit ist auch nach Beendigung der Militärdienstpflicht gegeben, indem Offiziere, ihr Einverständnis vorausgesetzt, noch weiter verwendet werden können. Sie bleiben deshalb Militärperson ohne noch militärdienstpflichtig zu sein.

2. Wehrmann: In der Militärgerichtsordnung von 1889 Art. 7 wird statt des Ausdruckes Dienstpflichtiger der Ausdruck Wehrmann verwendet. Da Wehrmann im Gesetz von 1927 Art. 222 nicht mehr gebraucht wird, kann vermutet werden, daß damit eine Neuumschreibung des erfaßten Personenkreises beabsichtigt war. Die Verhandlungen der verschiedenen Kommissionen geben darüber keinen Aufschluß. Die verschiedenen Mitglieder benutzten bald die Ausdrücke — Wehrpflichtiger im Dienst — Wehrmann — Dienstpflichtiger. Doch kann die Redaktionskommission den Zweck verfolgt haben, eindeutig festzulegen, daß auch der Hilfsdienstpflichtige von Art. 222 erfaßt werde. Denn im Volksmund wird unter Wehrmann im allgemeinen nur der Soldat, der Militärdienstpflichtige im Dienste verstanden. So versteht auch Schumacher a. a. O. S. 91 unter Wehrmann nur den diensttuenden Soldaten, Unteroffizier und Offizier. Wir haben aber im Kapitel „Militärdienst“ gesehen, daß auch der Hilfsdienstpflichtige sich im Militärdienst befinden kann, und demnach auch von Art. 222 MSTRG. erfaßt wird.

II. KAPITEL.

Die Ermächtigung.

I. Die Ermächtigung im besondern.

1. Allgemeines: Durch die strafrechtliche Verfolgung einer bestimmten Tat kommt der Staat einer ihm obliegenden Strafverfolgungspflicht nach. In gewissen Fällen werden durch diese Verfolgung andere Interessen, zu deren Schutz der Staat verpflichtet ist, berührt, sei es nun im Sinne einer Verletzung oder bloßen Gefährdung.[1]) Es besteht eine Interessenkollision, zu der der Gesetzgeber Stellung zu nehmen hat. Er kann die Interessenabwägung selbst vornehmen, indem er dem einen oder andern Interesse den Vorzug gibt — so hat er sich zum Beispiel gegen eine Strafverfolgung Exterritorialer ausgesprochen — oder er kann die Interessenabwägung den Trägern der betreffenden Interessen selbst überlassen, in der Erkenntnis, daß im Einzelfalle bald das eine, bald das andere Interesse überwiegt[2]) z. B. bei Antrag und Ermächtigung.

Der Staat wird im allgemeinen auf sein Strafverfolgungsrecht nur verzichten, wenn die zu berücksichtigenden privaten Interessen von großer Wichtigkeit sind, oder sein Interesse an der Strafverfolgung gering ist. Es können der staatlichen Strafverfolgungspflicht aber auch spezifisch staatliche Interessen entgegenstehen, durch deren Verletzung der Staat vielleicht noch empfindlicher berührt würde, als durch Nichtvornahme der Verfolgung.[3]) Diese der staatlichen Strafverfolgungspflicht sich entgegenstellenden Interessen werden durch Aufstellen von Antrags- und Ermächtigungserfordernissen berücksichtigt.

Diese Delikte stehen in gewissem Gegensatz zum Offizialprinzip, das den Staat zwingt, von Amtes wegen eine Strafverfolgung einzuleiten. Beim Antragsdelikt bestimmt das Gesetz, daß das be-

[1]) Sauer: Grundlagen des Prozeßrechtes 1919 S. 581
[2]) Behringer: Ermächtigung und Ermächtigungsdelikt 1933, S. 7
[3]) Sauer: S. 663

stimmte Delikt nur auf Antrag des bestimmten Berechtigten verfolgt werden darf. Der Berechtigte ist meist der Verletzte. Ohne diesen bestimmten Antrag wird eine Strafverfolgung nicht durchgeführt.

Ähnlich, wenn auch nicht gleich, wird die Ermächtigung behandelt. Gemäß dem Offizialprinzip wird hier eine Verfolgung aufgenommen, doch ist deren Durchführung von einer Bedingung abhängig, d. h. es muß zuerst ein Hindernis, das sich dem Verfahren entgegenstellt, beseitigt werden. — Welches sind nun die Interessen die sich der staatlichen Strafverfolgung entgegenstellen?

Um den Gegensatz zwischen Antrags- und Ermächtigungsdelikt aufzuzeigen, sei hier kurz das Antragsdelikt vorweggenommen. Entweder ist das staatliche Interesse an der Verfolgung sehr gering und wird nur durch einen Antrag erzeugt, wenn der Antragsteller sich verletzt fühlt, z. B. bei Beleidigung, oder aber es handelt sich um Delikte, bei denen der Staat eine Strafverfolgung durchführen würde, wenn er nicht private Interessen, die durch eine Verfolgung leiden würden, schützen müßte. Hier wird es ebenfalls dem Verletzten überlassen, zu entscheiden, ob sein Interesse an der Strafverfolgung des Täters das Interesse der Totschweigung überwiege, z B. bei Verwandtendelikten.[4])

Das Institut der Ermächtigung findet eine andere Begründung als das Antragsdelikt. Beim Ermächtigungsdelikt stehen der Verfolgung der Straftat nicht private, sondern ausschließlich öffentliche Interessen entgegen, die der Gesetzgeber zu würdigen hat. Ein Interesse muß auf Kosten eines andern bevorzugt werden, wobei auf die Wichtigkeit abgestellt wird. Die Erteilung oder Verweigerung der Ermächtigung muß stets durch ein Gemeinschaftsinteresse gerechtfertigt sein. Nur wenn ein Staatsorgan bei Ausübung seiner Tätigkeit das Gesamtinteresse berücksichtigt, leistet es fruchtbare Arbeit. Die Ermächtigung ist ein Mittel zum Zweck, ein staatliches Interesse zu schützen, welches durch eine Strafverfolgung leiden würde. Die Verweigerung der Ermächtigung hindert die Ausübung des staatlichen Verfolgungsrechtes. Im Gegensatz zum Antragsdelikt, wo die Strafverfolgungsbehörden bis zur Antragsstellung sich passiv

[4]) Behringer: S. 7 ff.

zu verhalten haben, sind sie also hier zu einem aktiven Verhalten, der Einholung der Ermächtigung, gezwungen. Diese Ermächtigungseinholung bedeutet für sie eine Pflicht, denn gemäß Offizialmaxime sind die Verfolgungsbehörden verpflichtet, die Gelegenheit zur Untersuchung einer strafbaren Handlung und der Beurteilung eines Täters zu schaffen; somit sind sie auch gezwungen, ein Hindernis in der Form einer fehlenden Ermächtigung aus dem Wege zu räumen.[5]) Wird die Ermächtigung verweigert, so ist eine Verfolgung ausgeschlossen, es sei denn, daß das durch die Verweigerung der Ermächtigung geschützte Interesse nur während bestimmter Zeit besteht, z. B. während der Dauer des Militärdienstes eines Beschuldigten. Die Ermächtigung wird man kurz folgendermaßen umschreiben können: Es ist die von einem im Gesetz als zuständig bezeichneten Organ ausgehende Entscheidung, die bestimmt, ob eine Strafverfolgung stattfinden dürfe oder nicht.

2. Die juristische Natur der Ermächtigung.

Die Verweigerung der Ermächtigung stellt ein Hindernis in der Strafverfolgung dar. Welcher juristischen Art dieses Hindernis ist, d. h. eine Strafbarkeitsbedingung oder eine Prozeßvoraussetzung, ist im folgenden abzuklären.

a) Strafbarkeitsbedingung:

Unter einer Strafbarkeitsbedingung versteht man einen Umstand, von dem die Strafbarkeit abhängig ist. Dieser Umstand liegt außerhalb des Tatbestandes und ist unabhängig vom Willen des Täters. Solange die Bedingung nicht eingetreten ist, liegt keine strafbare Handlung vor. Die Schuld des Täters umfaßt diese sogenannte Strafbarkeitsbedingung nicht, denn die Schuld bezieht sich nur auf die zum Deliktstatbestand gehörigen Momente. Als Beispiel kann der Art. 42 BSTRG. dienen, wo die Bestrafung desjenigen, der eine fremde Regierung oder einen Souverän beschimpft, vom Gegenrecht abhängig gemacht wird.

[5]) Behringer: S. 18

Fehlt nun eine solche Strafbarkeitsbedingung in einem irrtümlich angehobenen Prozeß, so hat der Richter freizusprechen, da es an einer strafbaren Handlung fehlt. Daß es sich bei der Ermächtigung nicht um eine Strafbarkeitsbedingung handeln kann, geht aus obigem hervor. Ob die Ermächtigung zur prozessualen Verfolgung eines Beschuldigten erteilt wird oder nicht, ändert nichts an der Tatsache, daß eine strafbare Handlung vorliegt. Mit andern Worten: Nicht erst die erteilte Ermächtigung zur Verfolgung macht die Handlung zu einer strafbaren.[1])

b) Prozeßvoraussetzung:

„Prozeßvoraussetzungen sind prozessuale Sachurteilsvoraussetzungen, die verfahrensmäßig vorliegen müssen, damit überhaupt ein Urteil in der Hauptsache gefällt werden kann".[2]) Bei Nichtvorliegen einer verlangten Prozeßvoraussetzung hat das Gericht entweder freizusprechen, oder das Verfahren einzustellen.

Man kann Prozeßvoraussetzungen im weitern Sinne unterscheiden und sie von den eigentlichen Prozeßvoraussetzungen abgrenzen. Waiblinger nennt die Prozeßvoraussetzungen i. w. S., Mängel und Hindernisse des Verfahrens, wie z. B. die parlamentarische Immunität, wo die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden nur hinausgeschoben ist. (Waiblinger Art. 104 N1 & Art. 238 N1).[3]) Als eigentliche Prozeßvoraussetzungen zählt er z. B. die örtliche und sachliche Zuständigkeit auf. Nicht als bloßes Hindernis des Verfahrens, sondern als eigentliche Prozeßvoraussetzungen, sind auch die sogenannten Vorentscheide anzusehen. Bei diesen Vorentscheiden kann man auch von Ermächtigung sprechen. Der Strafanspruch als solcher ist schon durch die Tat entstanden, der Prozeß kann jedoch erst nach einer amtlich zu bewirkenden Ermächtigung aufgenommen werden. Solange sie nicht vorliegt, ruht das Verfahren, ohne daß eine Vernichtung des Strafanspruches eintritt. Als Beispiel sei hier der Art. 17 des BG. vom 9. Dez 1850 über die

[1]) Hafter: Lehrbuch des Strafrechtes. allg. Teil S. 123 ff.
[2]) Waiblinger: Kommentar zum bernischen Strafprozeß S. 238 N1
[3]) Vgl. dazu auch Waiblinger a. a. O. S. 238 N1

Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten erwähnt, wonach gegen Mitglieder der Bundesversammlung oder des Bundesrates eine Strafverfolgung wegen Verbrechen, die mit ihrer amtlichen Stellung im Zusammenhang stehen, nur aufgenommen werden kann, wenn das Parlament sie zuläßt.[4])

Ob nun die Ermächtigung durch das EMD , bzw. den General, gemäß Art. 222 MSTRG. als Prozeßvoraussetzung i. e. S. oder als bloßes Hindernis zu betrachten sei, kann in guten Treuen umstritten werden. Schwarz a. a. O. betrachtet die Ermächtigung als Prozeßvoraussetzung, wenn im Verweigerungsfall eine Verfolgung ausgeschlossen ist (vgl. obiges Beispiel Art. 17 Verantwortlichkeitsgesetz) — als bloß prozeßaufschiebende Bedingung, wenn die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden hinausgeschoben wird. Während des Militärdienstes des Beschuldigten wird durch die Verweigerung der Ermächtigung die Strafverfolgung ausgeschlossen, d. h. es würde sich in diesem Falle nach Schwarz um eine eigentliche Prozeßvoraussetzung handeln. Da nun aber die Strafverfolgungsbehörden den Prozeß nach Entlassung des Beschuldigten unabhängig von einer Ermächtigung aufnehmen können, somit die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden nur hinausgeschoben ist, würde es sich in diesem Sinne eher um ein Hindernis des Verfahrens handeln.

Ob man sich nun für eine Prozeßvoraussetzung im eigentlichen Sinne oder für ein Hindernis des Verfahrens entscheidet, ändert nichts an der Tatsache, daß es sich bei der Ermächtigung um ein prozessuales Erfordernis der Strafverfolgung handelt. Es soll der Täter nicht einer gerechten Strafe entzogen, sondern nur eine Verfolgung zur Zeit verhindert werden, weil andere wichtige Interessen zu schützen sind.

Die Prozeßvoraussetzungen sind in jedem Stadium des Verfahrens von Amtes wegen zu prüfen. Sie können zum Gegenstand von Vorfragen gemacht werden; dies trifft auch für die Mängel und Hindernisse des Verfahrens zu. Würde ein bürgerliches Gericht

[4]) Schwarz: Die parlamentarische Immunität der schweiz. Bundesversammlung. Diss., Zürich 1920

ein Verfahren gegen einen im Dienst stehenden Beschuldigten ohne Ermächtigung einleiten oder fortführen, so hätte der Angeschuldigte die Möglichkeit durch Aufwerfen einer Vorfrage einen Rückweisungsentscheid herbeizuführen. Wäre der Beschuldigte wegen Militärdienst im Urteilstermin nicht anwesend, so würde ihm nach bernischem Prozeßrecht (z. B. Art. 338 ff.) das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den früheren Stand zur Verfügung stehen. Bei der Wiedereinsetzung in das Verfahren hätte er dann eine Vorfrage aufzuwerfen.

3. Die Prüfung der Ermächtigung: Vgl. dazu Kapitel III: Der Einfluß der Ermächtigung auf das Verfahren.

Je nach der Prozeßordnung hat der Staatsanwalt oder der Untersuchungsrichter bei Einlangen der Anzeigen, bezw. nach Abschluß des polizeilichen Ermittlungsverfahrens zu prüfen, ob die zur Anzeige gebrachten Handlungen mit Strafe bedroht sind und ob die Voraussetzungen der Strafverfolgung vorliegen. Der Untersuchungsbeamte hat also abzuklären, ob zur Zeit eine Strafverfolgung durchgeführt werden kann. Unter den gesetzlichen Voraussetzungen der Strafverfolgung sind die positiven und negativen Prozeßvoraussetzungen zu verstehen, aber auch alle sonstigen Hindernisse, die der Strafverfolgung entgegenstehen. Ist die Eröffnung der Strafverfolgung gegen den betreffenden Beschuldigten nur mit spezieller Bewilligung möglich, wie im Falle des Militärdienstes des Beschuldigten oder im Falle der parlamentarischen Immunität, so ist entweder von der zuständigen Behörde die Ermächtigung zur Verfolgung einzuholen oder aber die Anzeige einstweilen zurückzulegen.

In diesem Zusammenhang ist auf ein Kreisschreiben des Obergerichtes des Kantons Bern, I. Strafkammer, aufmerksam zu machen. [1])

In diesem Kreisschreiben wird bestimmt, daß in Polizeistrafällen die Bewilligung zur Eröffung oder Fortführung des Verfahrens nur nachzusuchen sei, sofern besonders ernstliche Gründe die ungesäumte Durchführung des Verfahrens fordern. Diese Gründe sind

[1]) Kreisschreiben der I. Strafkammer des bernischen Obergerichtes vom 5. Juli 1916

jeweils im betreffenden Gesuch besonders zu erwähnen. In allen andern Polizeistraffällen ist die Entlassung aus dem Militärdienste abzuwarten.

4. Spezielles über die Ermächtigung: „Das Ermächtigungsrecht entsteht mit dem Ermächtigungsdelikt“ [1]), d. h. die Befugnis zur Erteilung der Ermächtigung ist im Augenblick des Entstehens des staatlichen Strafanspruches gegeben. Diese Ermächtigungsbefugnis geht unter mit dem Erlöschen des Verfolgungsrechtes, ferner aber auch mit Gesetzesänderung, wenn diese die Ermächtigung nicht mehr als notwendiges Erfordernis zur Strafverfolgung berücksichtigt. Dagegen kann sie nicht durch Verzicht untergehen.[1]) In welchem Zeitpunkt die Entscheidung über die Ermächtigung zu treffen ist, wird im Gesetz nirgends gesagt Es ist somit anzunehmen, diese könne solange getroffen werden, als eine Strafverfolgung möglich ist.[2])

Eine weitere Frage, die der Abklärung bedarf, ist diejenige der Teilbarkeit der Ermächtigung. Kann bei einem Delikt, an dem mehrere beteiligt sind, die Ermächtigung zur Strafverfolgung gegen einzelne erteilt und gegen andere verweigert werden? Die Antwort folgt ohne weiteres aus der Zweckbestimmung der Ermächtigung. Es werden nicht private, sondern staatliche Interessen geschützt. Liegt es im staatlichen Interesse einzelne Mittäter oder Gehilfen auszunehmen, andere aber zu verfolgen, so erscheint es als gegeben, daß die Ermächtigung teilbar sein muß. In unserem Falle, in welchem sich ein Beteiligter im Militärdienste befindet, während die andern Teilnehmer zu gleicher Zeit keinen Militärdienst leisten, muß die Teilbarkeit grundsätzlich gegeben sein.[3])

5. Die Ermächtigung nach Art. 222 MSTRG: Im Art. 222 MSTRG. hat das EMD. bzw. der General die Interessenkollision zu lösen, denn es besteht einerseits ein staatliches In-

[1]) Eisler: Ermächtigungsdelikte nach österreichischem Recht, Jur. Blätter 1888, S. 207 ff.
[2]) Behringer a. a O.. S. 28
[3]) vgl. Zitate bei Behringer S. 28

teresse, den Täter zu verfolgen, anderseits aber ein Interesse der Armee, also ebenfalls ein staatliches, den Dienstpflichtigen in seinen Funktionen im Dienste nicht zu hindern. Unsere militärische Erziehung muß sich auf kurze Zeit beschränken, diese aber muß voll ausgenützt werden können. Sofern eines jeden Deliktes wegen ein Dienstpflichtiger aus einem Dienst heraus in eine Untersuchung verwickelt werden kann, würde dies den Dienstbetrieb erheblich stören, und es müßte die Ausbildung darunter leiden. Die Armee muß aber, um ihrem Zweck — dem Landesschutz — genügen zu können, gut ausgebildet sein. Der Staat hat deshalb ein wesentliches Interesse an dieser Ausbildung. Das EMD., bzw. der General, haben also, sobald der Dienstbetrieb gestört werden könnte, die Ermächtigung zu verweigern. Da wir in Friedenszeiten nur jährlich 3 Wochen Dienst leisten, wird eine Strafverfolgung durch diesen kurzen Aufschub nicht wesentlich gestört.

Ob dieser Ermessensentscheid des EMD., bzw. des Generals, weiterziehbar ist, wird später zu betrachten sein.

II. Die Ermächtigungsbehörden

Gemäß Art. 222 MSTRG. ist die zuständige Behörde zur Erteilung der Ermächtigung das EMD., bzw. der General. Es ist im folgenden kurz die Organisation des EMD. zu betrachten, um festzustellen, welche Amtsstelle innerhalb des EMD. den Ermächtigungsentscheid zu erteilen hat. Anderseits ist die Stellung des Oberbefehlshabers der Armee abzugrenzen.

1. Das eidgenössische Militärdepartement: Der Bundesrat verteilt seine Geschäfte auf seine einzelnen Mitglieder nach Departementen (B.V. Art. 103). Diese Verteilung verfolgt den Zweck, die Prüfung und Besorgung der Geschäfte zu fördern. Der Entscheid über die Geschäfte aber geht vom Bundesrat als Behörde aus. Bundesgesetze können aber bestimmte Gesetze den Departementen unter Vorbehalt des Beschwerderechtes zur Erledigung überweisen.[1])

[1]) Bundesgesetz über die Organisation der Bundesverwaltung 1914

Das EMD. umfaßt folgende Dienstabteilungen:[2])

1. Die Generalstabsabteilung, die Abteilung für Flugwesen, Militärversicherung, Luftschutz, die kriegstechnische Abteilung und die Direktion für Militärverwaltung. Alle diese Abteilungen unterstehen direkt dem Chef des EMD.
2. Die Abteilung für Sanität, Veterinärwesen, Landestopographie, Oberkriegskommissariat, Kriegsmaterialverwaltung unterstehen direkt dem Generalstabschef.
3. Dem Oberwaffenchef unterstehen alle Waffenchefs mit ihren Abteilungen.

Diese Abteilungen werden im Kriegsfalle mit Ausnahme der Kriegstechnischen- und der Luftschutzabteilung wie auch der Militärversicherung dem General unterstellt.[3])

Unter der Direktion der Militärverwaltung ist das Departementssekretariat verstanden, welches die eigentliche Verwaltung des Departementes besorgt.[4]) Das Sekretariat umfaßt einen Rechtsdienst, der unter anderem die Aufgabe hat, Ermächtigungen zur Einleitung oder Fortführung von Strafverfahren gegen Dienstpflichtige im Dienste gemäß Art. 222 MSTRG. zu erteilen.

2. Der Oberbefehlshaber der Armee.

a) Die Stellung des Generals:

Sobald der General gewählt ist, untersteht ihm die ganze Wehrmacht des Landes. Die Armee wird vom Augenblick der Wahl an von einem einzigen Manne geführt. Militärische Gründe zwingen zu dieser Einheitlichkeit im Oberbefehl. Es stellt sich aber die Frage, ob der General dem BR. unter-, neben-, oder übergeordnet sei.

Der Krieg wird als Fortsetzung der Politik mit andern Mitteln umschrieben (Clausewitz), d. h. der Krieg ist nur eine Form zur Verwirklichung politischer Ziele. Er hat sich dem politischen Zweck

[2]) Delegationsverordnung 1914
[3]) Botschaft zur MO. 1938, S. 9
[4]) Art. 168 der MO. 1938
[5]) BG. über die Abänderung der MO. 1938

unterzuordnen.[1]) Genau gleich müssen die politischen Behörden dem Leiter der Kriegführung übergeordnet bleiben, da auch ihre Aufgabe der seinigen übergeordnet ist. Der General ist ein Vollzugsorgan der staatlichen Tätigkeit. Der Bundesrat bleibt die oberste Behörde der Eidgenossenschaft.[2]) Schwierigkeiten bietet die Festsetzung der Grenze zwischen den Befugnissen der bürgerlichen Behörden und denjenigen des Generals. Der Bundesrat hat als oberste vollziehende Behörde dem General Weisungen zu erteilen über den durch ein Truppenaufgebot zu erreichenden Endzweck (MO. Art. 204). Er hat damit ein allgemeines Überwachungsrecht, um prüfen zu können, ob seinen Weisungen nachgelebt wird. Gemäß BV. Art. 102 Ziff. 1 und 2 hat der Bundesrat über die Beobachtung der Beschlüsse und BG. zu wachen, an die sich auch der General zu halten hat. Der BR. kann ferner der Bundesversammlung die Entlassung des Generals gemäß MO. Art. 204/3 beantragen. Dieses Recht setzt aber voraus, daß der Bundesrat die Amtsführung des Generals überwachen und prüfen kann. Dagegen steht dem Bundesrat kein Instruktionsrecht zu, außer den Instruktionen, die er in den allgemeinen Weisungen gemäß MO. 204/2 zu geben hat. Innerhalb der Schranken dieser Weisungen kann sich der General im Interesse einer einheitlichen Kriegsführung frei bewegen.

Der General untersteht aber auch der Oberaufsicht der Bundesversammlung, als Ausfluß ihres Aufsichtsrechtes über die eidgenössische Verwaltung und Rechtspflege.[3])

Da er nicht direkt der Bundesversammlung Rede und Antwort stehen kann, weil eine entsprechende Gesetzesbestimmung fehlt, ist er ihr nur mittelbar verantwortlich, unmittelbar dagegen dem Bundesrat.[4]) Auf Grund des Art. 85 Ziff. 13 entscheidet die Bundesversammlung über Kompetenzkonflikte zwischen Bundesrat und General.

[1]) Huber Hans: Die staatsrechtliche Stellung des Generals in der Schweiz., Diss., Bern 1927 S. 113
[2]) Bericht des BR. zum Bericht des Generals 1914 - 18 S. 7
[3]) BV. Art. 85 Ziff. 11
[4]) Burckhardt Kom BV. S. 535

b) Die Wahl des Generals:

Die BV. schreibt die Wahl des Generals durch die Bundesversammlung vor.[1]) Diese ist in der Kanditatenwahl vollständig frei. Das Vorschlagsrecht steht dem BR. zu. Ein solcher Vorschlag bindet aber die Bundesversammlung keineswegs. Die Wahlart des Generals wurde in neuerer Zeit im Zusammenhang mit den Vorschlägen zu einer einheitlichen Armeeleitung während des Friedens stark kritisiert.

c) Die Aufgabe des Generals:

„Der General ist das durch die Bundesversammlung gewählte militärische Vollzugsorgan der kriegerischen Aufgaben des Bundes".[2]) Sobald wir die kriegerischen Aufgaben des Bundes, bezw. seines Heeres, kennen, ist auch die Aufgabe des Generals bekannt. Das Heer ist bestimmt zur Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen außen und zur Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern.[3]) Diesem Zweck gemäß hat der General das Heer zu führen. Bei seiner Ernennung wird ihm seine Aufgabe durch den Bundesrat gemäß Art. 204/2 MO. bestimmt. Die Art der Durchfürung dieser Weisungen bestimmt der General selbst. Zur Ausführung der Aufgabe verfügt er über die persönlichen und materiellen Kräfte des Landes (MO. 208). Er entscheidet frei von gesetzlicher Bindung über die Kriegsgliederung des Heeres. Ferner steht ihm das Begnadigungsrecht über alle von Militärgerichten Verurteilte zu (MSTRGO. Art. 214).

Eine weitere seiner Aufgaben ist in Art. 222 MSTRG. enthalten. Hier wird dem General die Entscheidung über die Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens über einen Dienstpflichtigen im Dienste übertragen. Dabei muß aber der Beschuldigte seiner Kommandogewalt unterstehen. Würde weiterhin das EMD. entscheidende Behörde bleiben, bedeutete dies einen Eingriff in die Kommandogewalt des Generals. Dieser ist verantwortlich für die

[1]) BV. Art. 84 und Kommentar Burckhart dazu
[2]) Huber a. a. O., S. 123
[3]) BV. Art. 2 und MO. Art. 195

ihm unterstehenden Truppen; deshalb muß er auch selbst entscheiden können, ob eine strafbare Handlung von den bürgerlichen Behörden während der Unterstellung des Beschuldigten unter seine Kommandogewalt, verfolgt werden darf.

Es ist noch kurz zu untersuchen, wer überhaupt dem Armeekommando untersteht. Gemäß MO. Art. 38 gehören die Kommandostäbe, der Generalstab, die Truppengattungen, die Dienstzweige und die Hilfsdienste zum Heere. Ferner unterstehen ihm noch die einzelnen Abteilungen des EMD. (vgl. dazu vorne: Ermächtigungsbehörden) sowie die Eisenbahnbeamten, sobald der Kriegsbetrieb der Eisenbahnen verfügt ist.

III. Rechtsmittel gegen die Verweigerung der Ermächtigung durch die zuständigen Behörden.

Als Rechtsmittel könnte eine Verwaltungsgerichts- oder eine Verwaltungsbeschwerde in Frage kommen. Die Möglichkeiten für eine Verwaltungsbeschwerde sind aber abschließend im Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflegegesetz aufgezählt.[1]) Gemäß dieser Aufzählung kommt sie für unsern Fall nicht in Frage.

Nach BG. betreffend die Organisation der Bundesverwaltung[2]) Art. 23/3 können Entscheide der Departemente mit einer Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat weitergezogen werden.[3]) Die entsprechende Bestimmung dazu finden wir im VDG. Art. 22. Sobald eine Unangemessenheit gemäß Art. 24 VDG. vorliegt, könnte entsprechend diesen Bestimmungen eine Beschwerde gemacht werden. Doch nun verbietet Art. 23 lit. c VDG. eine Weiterziehung von Entscheiden, die das eidgenössische Militärdepartement im Bereiche seiner Kommandogewalt oder als Beschwerdegewalt, innerhalb seiner militärischen Disziplinargewalt, erläßt. Die Erteilung einer Ermächtigung gemäß Art. 222 MSTRG. ist nun tatsächlich eine Entscheidung, die das EMD. auf Grund seiner Kommandogewalt trifft; eine Weiterziehung des Entscheides an den Bundesrat ist deshalb ausgeschlossen.

[1]) Verwaltungs- und Disziplinargesetz 1928
[2]) BG. über die Organisation der Bundesverwaltung 1914 Art. 23 ff.
[3]) VDG. Art. 22 ff.

III. KAPITEL

Der Einfluß der Ermächtigung auf das Verfahren.

I. Einleitung und Fortführung des Verfahrens.

Der Art. 222 MSTRG. bestimmt, daß zur Einleitung oder Fortführung eines bürgerlichen Verfahrens im bestimmten Falle eine Ermächtigung durch die Ermächtigungsbehörden notwendig ist. Was unter Einleitung des Verfahrens verstanden ist, hängt von der Prozeßordnung ab.

Die meisten Prozeßgesetze haben eine Dreiteilung des Vorverfahrens durchgeführt: Ermittlungsverfahren, Voruntersuchung und Überweisungsverfahren. Diese Dreiteilung geht aber nicht immer ersichtlich aus der Systematik des Gesetzes hervor.

Im folgenden werden die Besonderheiten einiger neuerer Strafprozeßordnungen hervorgehoben:

1. Das Vorverfahren im bernischen Prozeß: Das Vorverfahren gliedert sich in Einleitung, Eröffnung, Voruntersuchung und Überweisung.[2])

a) Das Einleitungsverfahren: In diesem Stadium soll festgestellt werden, ob die notwendigen Grundlagen vorhanden sind, die eine Beurteilung über das Bestehen eines Strafanspruches zulassen. Es handelt sich hier um polizeiliche Vorerhebungen. Es ist der Täter ausfindig zu machen, seine Person zu fassen, Beweise und Spuren zu sichern. Die Einleitung erfolgt meistens auf Grund einer Anzeige, sei es einer privaten oder einer amtlichen. Diese polizeilichen Erhebungen erfolgen zu Handen des Untersuchungsrichters.

b) Die Eröffnung der gerichtlichen Strafverfolgung: Der gerichtlichen Voruntersuchung geht nun eine Prüfung und Beschlußfassung über die polizeilichen Anzeigen und Erhebungen voraus. Die Prüfung hat sich auszudehnen auf die Strafbarkeit der Handlungen sowie auf die gesetzlichen Voraussetzungen der Strafver-

[1]) Buchmann Diss., Zürich 1936: Das Zwischenverfahren im schweiz, Strafprozeß
[2]) Otto Jaeggi: Diss., Bern: Das Überweisungsverfahren im bernischen Strafprozeß

folgung, d. h. es muß festgestellt werden, ob eine strafbare Handlung vorliegen kann und ob die Prozeßvoraussetzungen gegeben sind (vgl. dazu Kap. II/I Ziff. 3). Liegen diese Voraussetzungen vor, so wird die Strafverfolgung entweder durch Einleitung der Voruntersuchung oder durch Überweisung an den Einzelrichter eröffnet.

c) Die Voruntersuchung: Sie bezweckt die Sammlung und Sicherung der Beweise, um die Frage entscheiden zu können, ob eine Person wegen einer ihr zur Last gelegten Handlung vor das urteilende Gericht gewiesen werden soll. Sie bildet also die Grundlage zur Fassung des Überweisungsbeschlusses.

d) Der Überweisungsbeschluß: Wird dieser Beschluß durch die zuständigen Behörden gefaßt, so tritt das urteilende Gericht in Funktion, wird das Verfahren dagegen aufgehoben, so sind nur noch die bis dahin erwachsenen Gerichtskosten zu liquidieren.

Es frägt sich nun, welchen Zeitpunkt des Verfahrens der Art. 222 MSTRG. unter „Einleitung" versteht. Ist schon das Einleitungsverfahren nach bernischem Prozeß „Einleitung" im Sinne des Art. 222 MSTRG?

Der Richter hat sich im Eröffnungsstadium schlüssig zu werden, ob eine Strafverfolgung möglich ist. Dieser Entscheid ist abhängig davon, ob eine strafbare Handlung vorliegt und ob die Prozeßvoraussetzungen gegeben sind. Wir haben im Kapitel über die Ermächtigung festgestellt, daß es sich bei der Ermächtigung um eine Prozeßvoraussetzung i. w. S. handelt. Findet nun der Untersuchungsrichter, daß in einem bestimmten Strafverfahren die Einholung der Ermächtigung notwendig ist, so kann bis zu deren Erteilung durch die zuständige Behörde das Verfahren nicht eröffnet, mit andern Worten gemäß Art. 222 MSTRG. nicht eingeleitet werden.

2. Das Vorverfahren im zürcherischen Strafprozeß.[8]) Im Gegensatz zum bernischen Prozeß, wo der Untersuchungsrichter leitender Ermittlungsbeamter ist, hat im zürcherischen Ver-

[8]) Strafprozeßgesetz des Kantons Zürich 1919

fahren die Staatsanwaltschaft diese Tätigkeit zu besorgen. Die Strafanzeigen langen beim Bezirksanwalt ein, der gemäß Art. 30 des Strafprozesses eine Untersuchung durchzuführen hat. Kommt der Staatsanwalt bei dieser Ermittlung zur Überzeugung, daß eine strafbare Handlung vorliegt und daß die prozessualen Voraussetzungen zu ihrer Verfolgung gegeben sind, hat er das weitere Verfahren durchzuführen, d. h. er hat gemäß § 35 entweder Anklage zu erheben, einen Strafbefehl zu erlassen oder aber das Verfahren einzustellen.

Im Sinne des Art. 222 MSTRG. ist erst mit der Anklageerhebung bzw. dem Erlaß des Strafbefehls das Verfahren eingeleitet.

Die Anklageerhebung bewirkt gemäß § 161 die Einleitung des Hauptverfahrens, dem aber noch ein Überweisungsverfahren vorangeht, in dem der Präsident des Bezirksgerichts, bzw. die Anklagekammer, über die Zulassung oder Nichtzulassung der Anklage entscheidet. Bei Vergehen geringerer Bedeutung kann der Bezirksanwalt an Stelle der Anklage einen Strafbefehl erlassen (§ 317 ff.).

3. Basel-Stadt.[4]) Gemäß § 106 hat das Vorverfahren den Zweck, den Tatbestand behaupteter Verbrechen insoweit zu erforschen, als darüber entschieden werden kann, ob Anklage zu erheben sei oder ob das Verfahren eingestellt werden muß. Ermittlungsbeamter ist auch hier der Staatsanwalt, der gemäß § 125 sämtliche Klagevoraussetzungen zu prüfen hat. Sind diese vorhanden, so hat er die Erhebung der Anklage anzukündigen oder aber eine richterliche Untersuchung zu veranlassen. Dieser Anklageankündigung schließt sich ein Überweisungsverfahren an, in welchem dem Angeschuldigten die Möglichkeit offen steht, gegen die erhobene Anklage Einspruch zu erheben.

Aus dieser gesetzlichen Regelung geht hervor, daß unter Einleitung des Verfahrens im Sinne des Art. 222 MSTRG. die Ankündigung der Anklage, bzw. die Einleitung einer richterlichen Untersuchung, verstanden ist.

[4]) Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Basel

4. Schaffhausen.[5])[6]) Nach Durchführung einer unter der Leitung der kantonalen Polizeidirektion vorgenommenen polizeilichen Ermittlung werden die Akten dem Staatsanwalt überwiesen, welche alle weitern notwendigen Erhebungen materieller oder formeller Art vorzunehmen hat (Art. 154). Dem Staatsanwalt ist jede Mitwirkung am polizeilichen Ermittlungsverfahren verwehrt. Er hat am Schlusse dieses Verfahrens den Entscheid über die Annahme der Sache zu fällen. Der Staatsanwalt amtet hier also als eine Art Überweisungsbehörde, indem er entweder die Sache an das Verhöramt weist, sofern eine Voruntersuchung sich als notwendig erweist, oder sie aber zu polizeilicher Erledigung übergibt. Er kann auch weitere polizeiliche Ermittlungen anordnen oder die Sache durch Verfügung von der Hand weisen.

Nach Art. 222 MSTRG. ist das Verfahren mit der Überweisung durch den Staatanwalt ans Verhöramt zur Voruntersuchung bzw. ins polizeiliche Verfahren eingeleitet.

5. Thurgau.[7])[8]) Das Vorverfahren wird mit einem polizeilichen Ermittlungsverfahren eingeleitet. Außer in geringen Polizeistraffällen, welche direkt durch die Gemeindeorgane erledigt werden, wird in jedem Straffall eine Voruntersuchung durchgeführt, welche dem Bezirksstatthalter obliegt, es sei denn, es handle sich um Schwurgerichtsfälle, bei welchen der Verhörrichter die Voruntersuchung durchführt. Erst nach der Durchführung dieser Untersuchungen wird die Entscheidung, sei es die Überweisung ans urteilende Gericht oder die Einstellung, getroffen. — Da hier abweichend von den neueren Strafprozessen in jedem Fall eine Voruntersuchung durchgeführt wird, also nicht in einem Eröffnungsverfahren einzelne Fälle zum vornherein ausgeschieden werden, so kann erst nach Beendigung der Voruntersuchung mit der Überweisung an das urteilende Gericht von Einleitung im Sinne des Art. 222 MSTRG. gesprochen werden.

[5]) Strafprozeßordnung für den Kanton Schaffhausen 1909
[6]) Gerhard Bohn: Diss., Zürich: Das Strafverfahren des Kantons Schaffhausen
[7]) Thurgau: Gesetz betr. das bezirksamtliche Voruntersuchungsverfahren in Strafsachen 1867
[8]) Thurgau: Dr. E. E. Lienhart: Der Thurgauische Strafprozeß, Kreuzlingen 1934

6. Waadt.[9]) Auch hier ist keine deutliche Trennung innerhalb des Vorverfahrens vorhanden. Gemäß Art. 252 muß aber der Richter vor Anhandnahme der Voruntersuchung seine Erhebungen soweit führen, daß er Fälle, wo ein Delikt nicht vorliegt, ausscheiden kann. Für diejenigen Fälle aber, bei welchen er sich zur Durchführung einer Voruntersuchung entschließt, wird das Verfahren mit der „constatation du délit" eingeleitet.

Anhang:

Was unter Fortführung des Verfahrens verstanden ist, braucht nicht länger auseinandergesetzt zu werden. Es handelt sich einfach um die Weiterführung eines schon eingeleiteten Verfahrens, wenn das wegen Abwesenheit des Angeschuldigten eingestellt worden war.

II. Das Ruhen des Verfahrens:

1. Das Ruhen des Verfahrens im Allgemeinen. Absatz 3 des Art. 222 MSTRG. bestimmt, daß das Verfahren zu ruhen hat, wenn die Ermächtigung zur Fortsetzung während des Dienstes des Täters verweigert wird. Dieser Absatz wurde in den Kommissionsverhandlungen heftig umstritten.[1]) In den Expertenverhandlungen bezeichnete Grünenfelder den Absatz für überflüssig und er beanstandete besonders den Ausdruck „ruhen." Blanchard wünschte folgende Abänderung des Hafter'schen Entwurfes: „. . . während der Dauer des Militärdienstes darf ein bürgerliches Strafverfahren gegen einen Dienstpflichtigen nur mit Ermächtigung des EMD. durch Urteil abgeschlossen werden." Hafter selbst äußerte sich zu seinem Entwurf in der Weise, daß es nicht seine Meinung sei, daß das ganze Verfahren zu ruhen habe. Dieses habe nur gegenüber dem sich im Militärdienst befindlichen Beschuldigten zu ruhen. In den Verhandlungen wurden verschiedene Auslegungen diskutiert, so warf unter andern Maunoir die Frage auf, ob ein arretierter Dienstpflichtiger zum Einrücken freigelassen, oder ob zur weitern Inhaftierung eine Bewilligung eingeholt werden müsse. Zürcher war der Meinung, daß der Angeschuldigte, sofern keine gegenteilige Bewilligung er-

[9]) Waadt: Code de procédure pénale du canton de Vaud von 1850

teilt werde, aus der Haft zu entlassen sei. In diesem Falle habe dann das Verfahren zu ruhen. Bundesrat Müller suchte durch einige Erläuterungen einen vermittelnden Standpunkt zu finden. Er betonte, daß die verschiedenen in Betracht fallenden Fälle differieren, so gebe es solche, bei denen das militärische Interesse vorwiege und andere, bei denen das Strafinteresse im Vordergrund stehe. Es sei deshalb zur Fortführung des Verfahrens die Einwilligung einer militärischen Behörde nötig. Unter Umständen seien eben die militärischen Pflichten bedeutend wichtiger als einer bürgerlichen Behörde Rechenschaft zu stehen. So gehe es eben nicht an, daß ein bürgerlicher Richter die Möglichkeit habe, einen im Dienst stehenden Wehrmann unter Umständen wegen Lappalien einmal oder mehrmals vor sich zu rufen. Dadurch werde der militärische Dienstbetrieb erheblich gestört. Dagegen sollen vom Untersuchungsrichter gewisse Maßnahmen auch in Abwesenheit des Beschuldigten durchgeführt werden können. Über den Mann selbst aber dürfe ohne Bewilligung nicht verfügt werden.

Die Diskussionen wurden bis in alle Einzelheiten fortgesetzt, was z. B. ein Einwand Maunoirs beweist, der behauptete, wenn das „Ruhen" absolut aufgefaßt werde, so sei sogar eine gerichtsmedizinische Expertise verhindert, da eine solche schon Einleitung des Verfahrens bedeute.[1])

Zusammenfassend wurde festgestellt[2]), daß die Einschränkung nur die Person des Dienstpflichtigen, der sich im Dienst befindet, betreffe; Untersuchungshandlungen aber, die seine Anwesenheit nicht verlangen, dürften ohne Bewilligung fortgeführt werden. Eine Einschränkung solle nur soweit gehen, als es das militärische Interesse verlange. In der Kommission des Nationalrates[3]) wurde ein Absatz 4 zum Art. 3 vorgeschlagen: Erhebungen, die im Interesse der Feststellung der Wahrheit nicht verschoben werden können, dürfen auch ohne Ermächtigung der militärischen Stellen vorgenommen werden". Dieser Antrag wurde abgelehnt.

[1]) Verhandlungen der Expertenkommission 18. Mai 1918
[2]) Verhandlungen der Expertenkommission 23. Mai 1918
[3]) Verhandlungen der Kommission des Nationalrates 26. Febr. 1924

Aus den aufgezählten Voten geht allgemein hervor, daß der Absatz 3 des MSTRG. Art. 222 einschränkend auszulegen ist. Es kann wirklich nicht der Sinn des Artikels sein, daß das Verfahren während des Militärdienstes des Angeschuldigten vollständig stille stehen müsse. Der Absatz wurde im Interesse der militärischen Ausbildung aufgenommen, die verlangt, daß der Dienstbetrieb möglichst wenig gestört wird, insbesondere eben durch Maßnahmen, die nach dem Dienst ebenso gut erledigt werden können. Sobald aber Maßnahmen in Abwesenheit des Angeschuldigten vorgenommen werden können, also ohne Störung des Dienstbetriebes, so sollen sie durchgeführt werden dürfen. Sollten dadurch Rechte des Angeschuldigten verletzt werden, so stellt jede Prozeßordnung geeignete Rechtsmittel zur Verfügung. Das Verfahren hat also nur in Bezug auf die Person des Angeschuldigten zu ruhen. Diese Art des Vorgehens wird in der Praxis ständig geübt und verursacht kaum Schwierigkeiten.

Es ist nun noch die Frage abzuklären, ob während des Stillstehens des Verfahrens auch die Verjährung ruhe.

2. Die Verjährung.

a) Allgemein: Die Verjährung ist Ablauf gesetzlich bestimmter Zeiträume mit der Wirkung, daß ein staatlicher Strafanspruch entfällt.[4]) Nach Ablauf bestimmter Fristen unterläßt der Staat eine Strafverfolgung, oder er stellt sie ein, wenn es zur Anklageerhebung gekommen ist. Das kann nur sein, weil das materielle Recht aus dem Zeitablauf einen Aufhebungsgrund macht.

„Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, da der Strafanspruch des Staates aus einer schuldhaften widerrechtlichen Tat entstanden ist." [5])

Der Ablauf dieser Verjährung kann nun gestört werden, sei es durch Unterbrechung oder durch Ruhen. Hier interessiert nur das Ruhen der Verjährung.[6])

[4]) Hafter a. a. O. S. 391
[5]) Mattli: Die Gründe der Strafaufhebung S. 71
[6]) Baer: Die Kriminalverjährung

Das Ruhen der Verjährung bedeutet einen Stillstand des Verjährungslaufes, bewirkt durch den Eintritt gewisser vom Gesetz zu Hinderungsgründen erhobener Umstände, nach deren Wegfall die Verjährung ohne Einrechnung der Zeit des Stillstandes ihren Fortgang nimmt. Diese Art der Verjährungshinderung hat erst im Laufe des letzen Jahrhunderts in der Gesetzgebung Eingang gefunden.

Es ist hier zu untersuchen, ob durch das Ruhen des Verfahrens infolge Militärdienst des Beschuldigten der Verjährungsablauf ebenfalls ruhe.

b) Nach bernischem Strafverfahren: (Art. noch in Kraft bis Ende 1941) Gemäß Art. 6/4 des bernischen Strafverfahrens scheint die Lösung einfach: „Die Verjährung ruht, solange wegen Führung des Wahrheitsbeweises oder wegen anderer rechtlichen Verhinderungsgründe eine Strafverfolgung nicht begonnen hat, oder nicht fortgeführt werden kann." Nach Art. 222 MSTRG. kann nun ein bürgerliches Strafverfahren gegen einen im Dienst befindlichen Wehrmann nur eingeleitet oder fortgeführt werden, wenn das EMD. die Ermächtigung dazu gibt. Sobald wir diese Ermächtigung als rechtlichen Verhinderungsgrund anerkennen, ist die Sachlage klar: Die Verjährung würde nach bernischem Prozeßrecht ruhen.

Es bleibt hier festzustellen, ob diese Ermächtigungseinholung ein rechtlicher Hinderungsgrund im Sinne des bernischen Strafverfahrens, Art. 6, ist. Waiblinger sieht den Mangel der Strafverfolgung als rechtlichen Verhinderungsgrund an[7]) „Die Verjährung ruht, wenn mangels Ermächtigung des EMD. oder des Oberbefehlshabers der Armee die Strafverfolgung nicht angehoben oder nicht fortgesetzt werden kann". Zu solchen rechtlichen Verhinderungsgründen zählt er im weitern die parlamentarische Immunität auf, bei welcher während der Dauer des Verfahrens über die Bewilligung oder Verweigerung der Immunität die Verjährungs- und Verwirkungsfristen gehemmt sind.[8])

„Rechtlich" bedeutet wohl einen tatsächlichen Verhinderungsgrund, der gesetzlich sanktioniert ist. Die Ermächtigung als eine Ent-

[7]) Waiblinger a. a. O. S. 31 Art. 6 N6
[8]) Garantiegesetz 1934 Art. 1 - 4

scheidung über eine Verfahrensdurchführung ist aber im Gesetz vorgesehen. Somit handelt es sich um einen „rechtlichen" Verhinderungsgrund.

Als solcher rechtlicher Verhinderungsgrund müßte auch der Antrag gelten. Doch wird gerade der Antrag durch positive Gesetzesvorschrift im bernischen Recht ausgeschlossen, indem in Art. 6/2 bestimmt wird, daß der Lauf der Verjährungsfrist durch das Fehlen des Antrags nicht gehindert werde. Trotzdem also eine Strafverfolgung mangels eines Antrages nicht stattfinden kann, läuft die Verjährung weiter. Dies läßt sich dadurch erklären, daß Antragsdelikte nur private Interessen verletzen. Es wird dem Verletzten anheimgestellt, die Strafverfolgung zu verlangen oder nicht. Der Verletzte soll mit der Klageerhebung nicht unbeschränkte Zeit zuwarten können. Wird nicht innerhalb bestimmter Zeit geklagt, so geht das Antragsrecht unter. Es muß angenommen werden, daß das Interesse des Verletzten an der Strafverfolgung gering sei. Aus diesem Grunde läßt es sich ohne weiteres rechtfertigen, die Verjährung nicht bis zur Antragserhebung ruhen zu lassen.

Da eine entsprechende ausnehmende Bestimmung über die Ermächtigung im Gesetze fehlt, muß auch aus diesem Grunde angenommen werden, sie werde als rechtlicher Verhinderungsgrund erfaßt.

c) Nach schweizerischem Recht: Art. 72 SCHW STRG. sieht ein Ruhen der Verjährung solange vor, als der Täter im Ausland eine Strafe verbüßt. Die gleiche Formulierung finden wir in Art 53 MSTRG. Andere Gründe, welche die Verjährung ruhen lassen, sind in beiden Gesetzen nicht vorgesehen. Durch die Inkraftsetzung des SCHW.STRG. im Jahre 1942 werden die widersprechenden Bestimmungen der kantonalen Strafverfahren aufgehoben, u. a. Art. 6 des bernischen Strafverfahrens.

Die Entscheidung der Frage, ob eine Verjährung zu ruhen habe, hängt von der Interpretation des Art. 222 MSTRG. ab und von der Frage, ob dieser Artikel als eine Ausnahmebestimmung anzusehen ist gegenüber den Art. 72 SCHW.STRG. und 53 MSTRG. Es ist allerdings kaum anzunehmen, daß wenn der Gesetzgeber die

Verjährung auch in diesem Falle ruhen lassen wollte, er dies nicht ausdrücklich im allgemeinen Teil bestimmt hätte.

Zur Klärung dieser Frage sind zuerst die Lösungen einiger Kodifikationen zu betrachten:

Zwei kantonale Kodifikationen kennen nur Ruhens- und keine Unterbrechungsgründe für die Verjährung.[9]) Es betrifft dies die Strafgesetzgebungen von Waadt und Tessin. Nach Art. 76 des waadtländischen Strafgesetzes ruht die Verjährung: „Pendant la durée des poursuites contre le prévenu. — Pendant la durée des poursuites sur l'inscription de faux faits par le prévenu par le cours de l'instruction dirigée contre lui. — Pendant la durée de l'action civile qui donne lieu à la suspension des poursuites pénales". Ähnlich ist die tessinische Ordnung. Wir sehen, daß z. B. eine der bernischen Ordnung entsprechenden Bestimmung hier fehlt.

Im deutschen Strafgesetz § 69 finden wir folgende Regelung: „Die Verjährung ruht während der Zeit, in welcher auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift die Strafverfolgung nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden kann. Ist der Beginn oder die Fortsetzung eines Strafverfahrens von einer Vorfrage abhängig, deren Entscheidung zuerst in einem andern Verfahren erfolgen muß, so ruht das Verfahren bis zu deren Beendigung. Ist zur Strafverfolgung ein Antrag oder eine Ermächtigung nach Strafgesetz erforderlich, so wird der Lauf der Verjährung durch den Mangel des Antrages oder der Ermächtigung nicht gehindert".

Frank[10]) sagt dazu, daß ursprünglich nur der zweite Satz, „ist der Beginn oder die Fortsetzung eines Strafverfahrens von einer Vorfrage abhängig, deren Entscheidung in einem andern Verfahren erfolgen muß, so ruht das Verfahren bis zu deren Beendigung", den ganzen § 69 bildete. Der erste Satz sei erst später in den Artikel aufgenommen worden, um zu verhindern, daß Reichstagsabgeordnete die während den Sitzungen nicht verfolgt werden konnten, wegen Ablaufs der Verjährungsfrist nicht bestraft werden durften. Dieser erste Satz würde nun auch die Ermächtigungsdelikte be-

[9]) Gerber: Diss. Zürich 1926: Kriminalverjährung
[10]) Frank: Das deutsche Strafgesetzbuch 1871 S. 204 ff.

einflussen, doch hat der letzte Satz des § 69 diese ausdrücklich ausgenommen, sodaß die Verjährung nicht ruht, solange bei Antrags- und Ermächtigungsdelikten ein Antrag oder eine Ermächtigung nicht erteilt ist.

Wir sehen also, daß die deutsche Strafgesetzgebung unsern speziellen Fall geregelt hat, in dem Sinne, daß die Verjährung weiterläuft, auch wenn die Ermächtigung verweigert wird.

In Frankreich hat die Praxis im Anschluß an einen Arrêt des Kassationshofes[11]), allerdings ohne gesetzliche Grundlagen, angenommen, daß, wenn infolge einer gesetzlichen Vorschrift eine Vorfrage in einem andern Verfahren zu entscheiden ist, die Verjährung zu ruhen hat.

Aus diesem kurzen Überblick geht hervor, daß uneinheitliche Lösungen bestehen. Während Deutschland durch positive Gesetzesvorschrift ein Ruhen der Verjährung nicht vorsieht, nimmt die französische Praxis das Gegenteil an.

Um zu einer Lösung zu kommen, müssen noch die Art. 72 / Ziff. 1 SCHW. STRG. und 53 / 1 MSTRG. näher untersucht werden. In beiden schweizerischen Kodifikationen bemerkt man gegenüber den meisten frühern kantonalen Lösungen eine Vermehrung der Verjährungsunterbrechungsgründe, während im Gegensatz dazu das Ruhen der Verjährung auf einen Fall beschränkt ist. Das zeigt im Zusammenhang mit der Einführung absoluter Verjährungsfristen die Absicht des Gesetzgebers, zugunsten des Angeschuldigten eine Verjährung eintreten zu lassen, auch wenn die Frist wegen Unterbrechung nochmals zu laufen beginnt. Daraus läßt sich schließen, daß man die Fälle des Ruhens bewußt beschränkt hat; da ja hier eine absolute Verjährungsfrist fehlt, könnte eine Verjährung über lange Zeit überhaupt nicht eintreten, was gegen die Anerkennung und Begründung der Verjährung überhaupt gerichtet wäre. Letzten Endes tritt eben immer eine Beweisverdunkelung ein, so daß man eben durch Verjährung den staatlichen Strafanspruch untergehen läßt.

Es ist nun nicht einzusehen, warum entgegen dieser deutlichen Tendenz des Gesetzestextes eine Strafverfolgung nicht wegen Zeit-

[11]) von Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht III. Bd. 1909 S. 432

ablauf untergehen sollte. Dabei ist zu beachten, daß in den Verhandlungen der Kommissionen (vgl. dazu unter II) über die Verjährung nichts gesagt wurde, da man offenbar der Meinung war, der Art. 72 SCHW. STRG. und der Art. 53 MSTRG. hätten die Gründe, die eine Verjährung ruhen lassen, abschließend aufgezählt. Ferner wurde in diesen Verhandlungen deutlich die Meinung vertreten, daß nach Art. 222 MSTRG das Verfahren nur in Bezug auf die Person des Beschuldigten ruhen sollte, daß aber andere Maßnahmen, die die Anwesenheit des sich im Militärdienst befindlichen Wehrmannes nicht verlangen, vorgenommen werden dürfen. Mit einer solchen Auslegung des Art. 222/3 läßt sich aber keineswegs ein Ruhen der Verjährung vereinbaren. Es wäre doch unhaltbar, wenn Untersuchungsmaßnahmen vorgenommen werden dürften, die Verjährung aber trotzdem zu ruhen hätte.

Zur weitern Begründung kann noch der Art. 133 des zweiten Entwurfes des MSTRG. 1881 herangezogen werden, der folgendermaßen lautet: „Gegen Wehrpflichtige kann, während sie sich im Dienste befinden, weder eine Schuldbetreibung noch ein bürgerlicher Rechtsstreit angehoben oder fortgeführt werden. Der Ablauf der Verjährungsfrist wird in der dieser Bestimmung entsprechenden Weise gehemmt. Zur Einleitung oder Fortführung einer bürgerlichen Strafuntersuchung oder eines Polizeistrafverfahrens gegen im Dienst befindliche Wehrpflichtige bedarf es der Erlaubnis des eidgenössischen Militärdepartementes". Wenn wir diesen Artikel mit dem Art. 222 MSTRG. vergleichen, erkennen wir ohne weiteres, daß die Verjährungsbestimmung weggefallen ist. Daraus kann geschlossen werden, daß sich sowohl die Kommissionen wie der Rat einig waren, daß trotz Ruhens des Verfahrens die Verjährung nicht stille zu stehen habe.

Zur weitern Begründung dieser Auffassung dient noch folgender Umstand: Der Art. 222 MSTRG. nennt nur den Fall des Ruhens eines schon v o r Eintritt in den Dienst angehobenen Strafverfahrens, während der Fall, eines bei Dienstbeginn noch nicht eingeleiteten Verfahrens, nicht erwähnt wird: vgl. Art. 222/3 . . . v o r dem Eintritt in den Dienst a n g e h o b e n, und wird die Ermächtigung zu

seiner Fortsetzung während des Dienstes verweigert, so ruht .... Wenn aber das „ruht das Verfahren" in Art. 222/3 auch auf die Verjährung anzuwenden wäre, hätte dies zur Folge, daß, wenn die Ermächtigung zur Einleitung des Verfahrens verweigert, der Verjährungsablauf nicht gehemmt würde — da ja die Verjährung mit begangener Straftat zu laufen beginnt — während die Verjährung zu ruhen hätte, wenn die Ermächtigung zur Fortsetzung fehlt. Dies kann unmöglich der Sinn des Artikels sein.

Zur fernern Begründung dient noch folgendes: Wie wir im Kapitel II festgestellt haben, ist die Ermächtigung eine Prozeßvoraussetzung und hat deshalb ihr Mangel prozeßrechtliche Folgen. Der Strafanspruch als solcher bleibt unberührt. Da aber im SCHW. STRG. die Verjährung materiell aufgefaßt wird, kann der Mangel der Ermächtigung die Verjährung gar nicht berühren. [12])

Aus all diesen Gründen kann geschlossen werden, daß trotz „Ruhen des Verfahrens" der Verjährungsablauf nicht gehemmt wird, d. h. die Verjährung ruht nicht, wenn wegen Verweigerung der Ermächtigung ein Strafverfahren gegen einen im Dienst befindlichen Wehrmann nicht eingeleitet oder fortgesetzt werden kann.

[12]) Behringer a. a. O. S. 32

Schlußbemerkungen

Der Art. 222 MSTRG. bestimmt, daß für die Dauer, während der ein Dienstpflichtiger sich im Militärdienst befindet, eine gegen ihn gerichtete Strafverfolgung von einer Ermächtigung des eidgenössischen Militärdepartementes bezw. des Generals abhängig ist. Er erfüllt damit die Aufgabe, eine Störung des Dienstbetriebes zu verhindern, um die militärische Ausbildung nicht zu beeinträchtigen. Nur dieses hohe militärische Interesse rechtfertigt den Eingriff in die bürgerliche Gerichtsbarkeit durch militärische Behörden, die sich bei der Erteilung oder Verweigerung der Ermächtigung zur Einleitung bzw. Fortsetzung des Strafverfahrens vom militärischen Interesse leiten lassen müssen. Sobald der Angeschuldigte aus dem Militärdienst entlassen ist oder sobald die Ermächtigung erteilt wird, kann das bürgerliche Verfahren seinen Fortgang nehmen. Wenn es noch nicht eingeleitet worden ist, kann es eröffnet werden. Die bürgerliche Gerichtsbarkeit kommt also auch bei Verweigerung der Ermächtigung wieder zu ihrem Recht.